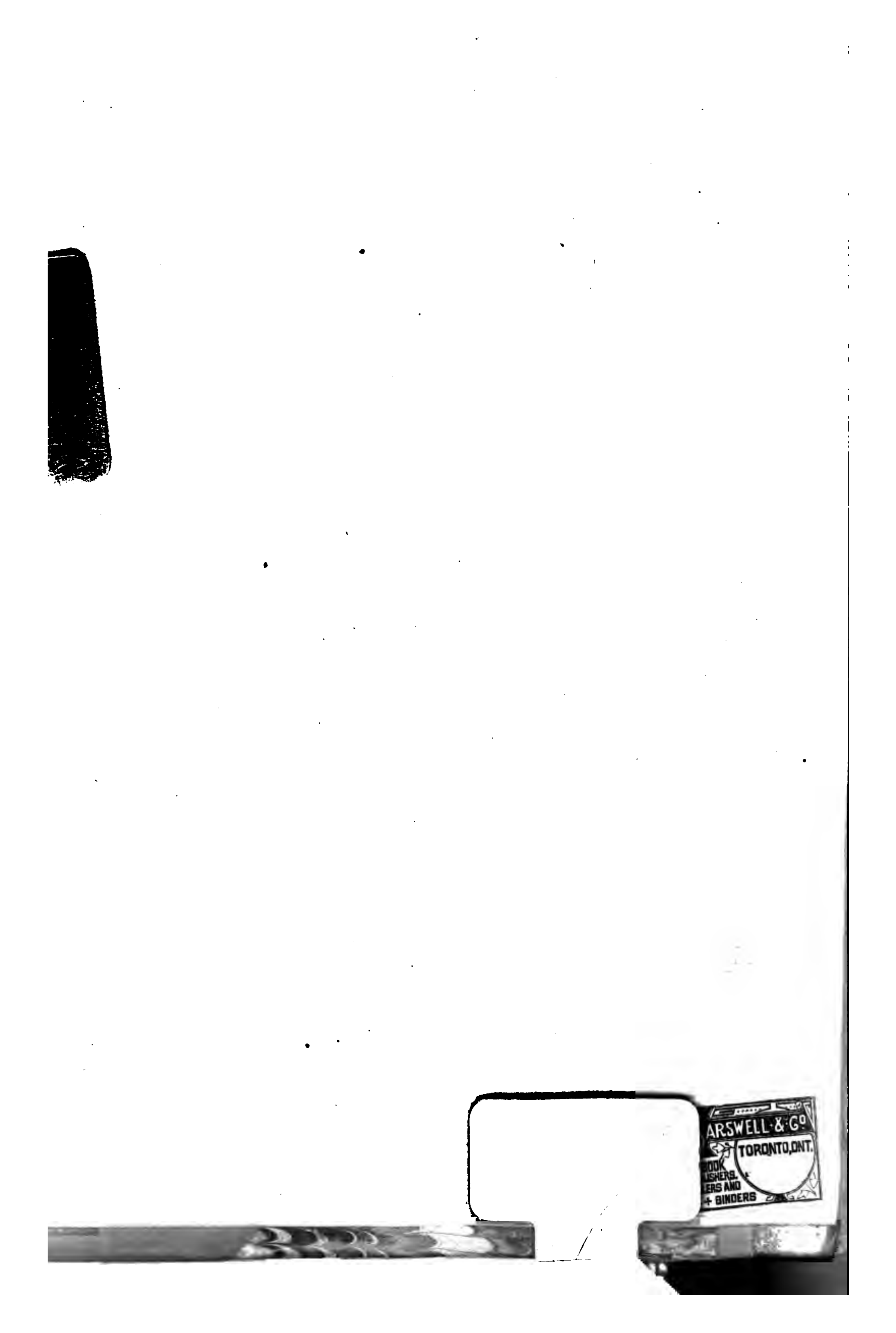
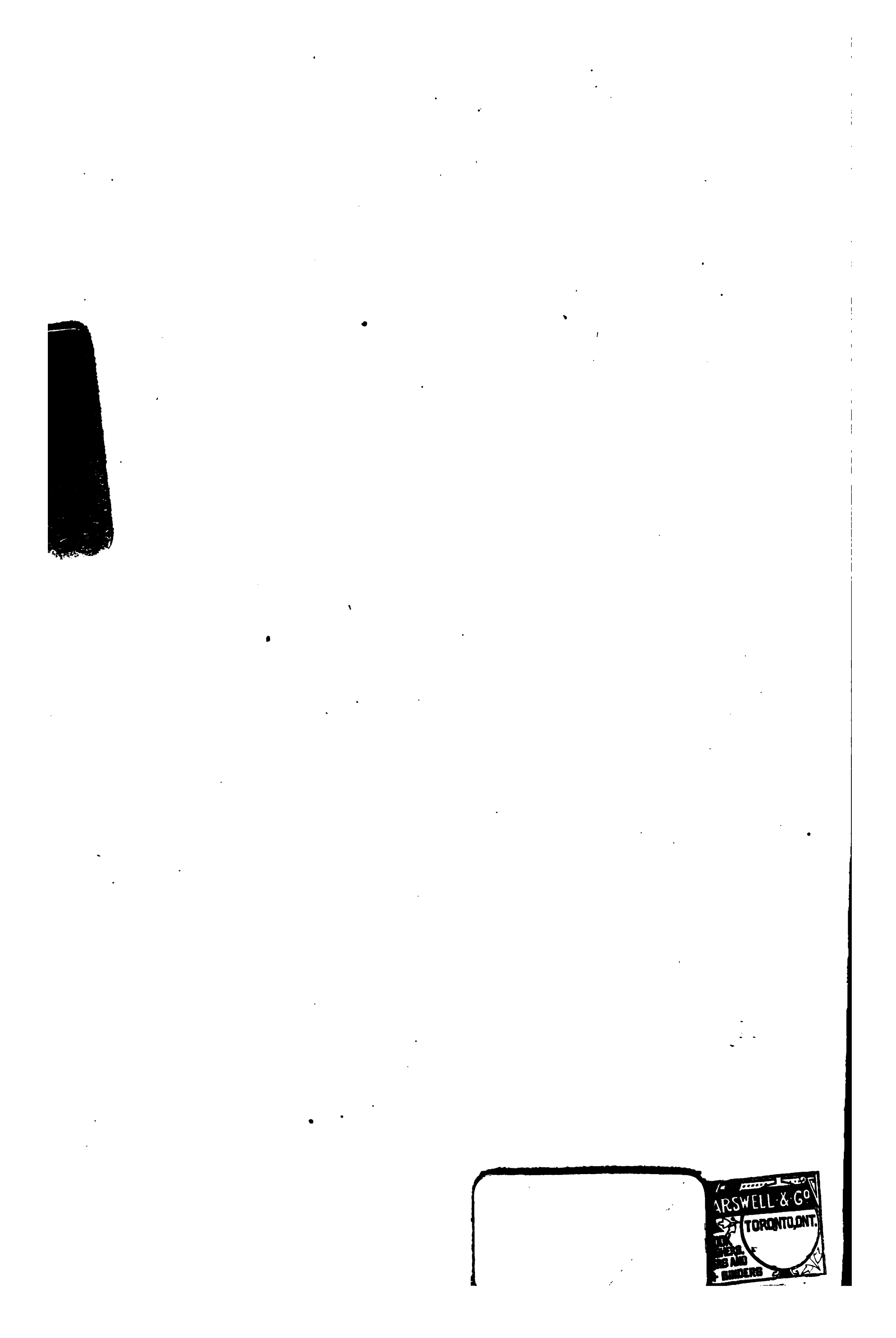
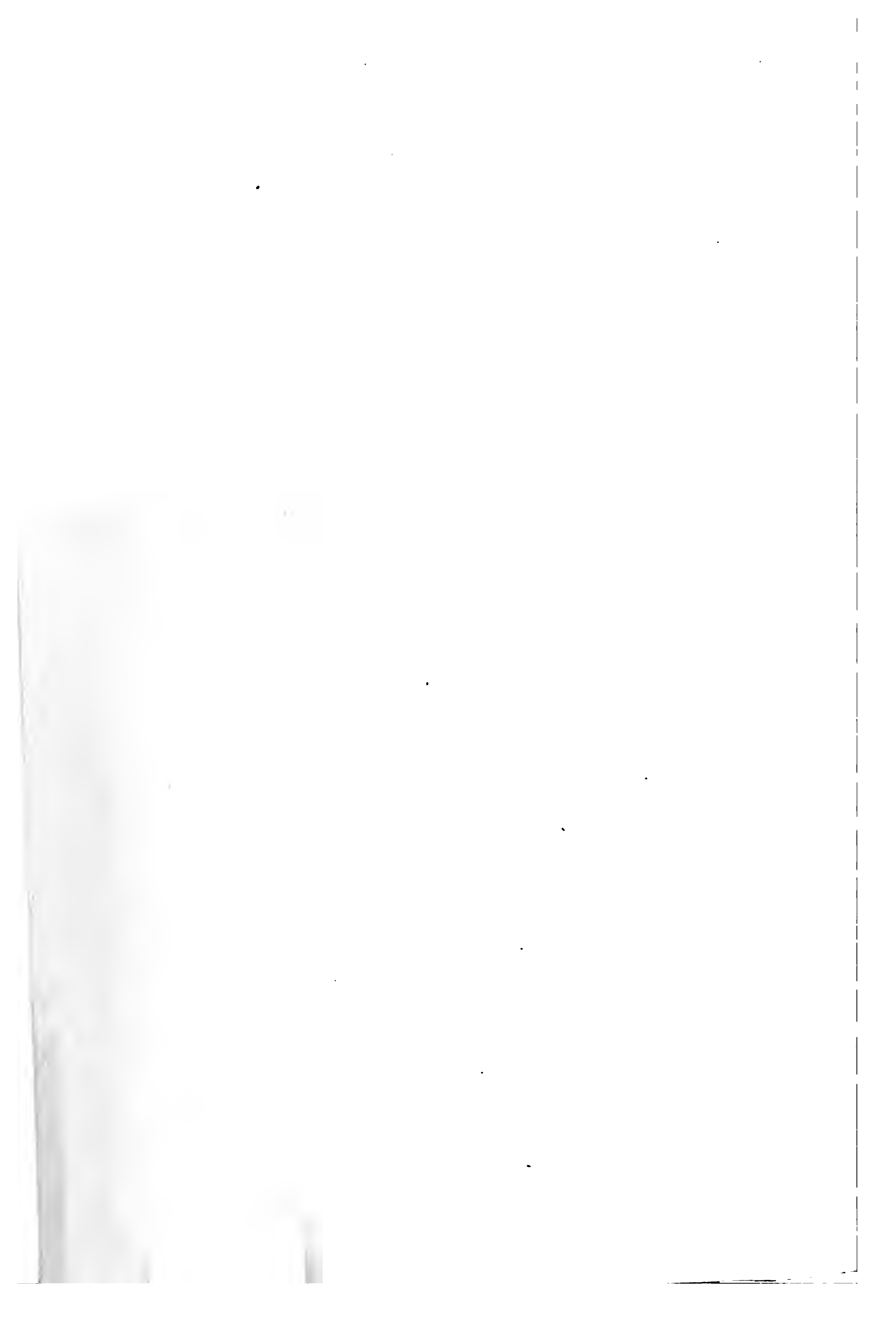

ARSWELL & Co
TORONTO, ONT.
BOOK
LISHERS,
LERS AND
+ BINDERS





ARSWELL & Co
TORONTO,ONT.
BINDERS



LA THÉMIS

REVUE DE LÉGISLATION, DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE.

PUBLICATION MENSUELLE DE 128 PAGES PAR LIVRAISON.

RÉDIGÉE PAR

L'HON. T. J. J. LORANGER,
B. A. T. DE MONTIGNY, Avocat.
E. LEF. DE BELLEFEUILLE, Avocat.
CHS. C. DE LORIMIER, Avocat.
EDOUARD A. BEAUDRY, Notaire.
JOSEPH DESROSIERS, Avocat.



Montréal :
IMPRIMÉE ET PUBLIÉE PAR EUSÈBE SENÉCAL.
6, 8 ET 10, RUE ST. VINCENT.
1879.

lesquels il n'a pas été fait. De quelle importance ne sont cependant pas les principes raisonnés de ces deux droits, dans l'étude de nos lois ?

La connaissance théorique du droit est d'une nécessité qui ne demande pas de démonstration, mais il est un autre point de vue, essentiel et fondamental, sous lequel la diffusion de la science légale doit être envisagée, c'est celui de la jurisprudence, cette *viva vox juris civilis*, comme l'appelait le jurisconsulte Marcien, et que Demolombe nomme " la partie vivante et dramatique du droit." Sans son application aux actes de la vie sociale, la science du droit est une vaine science, une science inerte, toute spéculative dans ses opérations et improductive dans ses résultats.

La connaissance des jugements, qui, revêtus de certaines conditions forment la jurisprudence des arrêts, est donc à certains égards, d'une utilité égale à celle des principes qui les ont motivés. Mais sans une critique raisonnée qui les rapproche, les compare, en fait ressortir l'enseignement, en dénonce les conflits apparents, qui signale les erreurs dont ils peuvent être entachés, cette connaissance dégénère en un effort de mémoire, et devient une lumière trompeuse, qui égare l'homme de loi et l'entraine hors du vrai sentier.

Il est un autre écueil que la critique signalera, ce sont les décisions contradictoires rendues sur le même sujet. Ces contradictions sont appelées en droit des *antinomies* et l'examen des antinomies a toujours formé une partie notable de l'étude de la jurisprudence. Ces antinomies ne se trouvent pas toujours dans les termes même des décisions ; souvent elles n'apparaissent que dans les résultats ; mais pour cela même qu'elles ne sont pas accusées en couleurs tranchées, et qu'elles se dissimulent sous des nuances, elles n'en sont que plus dangereuses.

La critique de la jurisprudence faite à ces conditions, formera donc une partie de notre Revue. Cependant qui dit critique, dit aussi bien approbation que blâme, et l'on peut être assuré, que le désir d'user de son droit dans ce dernier sens, n'animera pas *La Thémis.* Le personnel de la Rédaction,

sera facile, car chaque livraison sera paginée et numérotée par ordre et comme si l'ouvrage, au lieu d'être publié par fragments et par intervalles, l'était immédiatement en un seul volume.

La Thémis rééditera le premier volume du Commentaire sur le Code Civil. Des changements survenus dans le titre des actes de l'état-civil et dans les lois de naturalisation anglaise, ont rendu très-opportune, une nouvelle édition de ce premier volume. Ce premier volume, dont le format sera celui de *La Thémis*, pour cadrer avec la suite de l'ouvrage, renfermera les quatre premiers titres du Code Civil, finissant par le reste du Commentaire du titre de l'absence, dont les quatre premiers articles seulement ont été commentés dans le premier volume déjà publié ; de sorte que le second volume qui sera publié dans *La Thémis*, commencera par le titre du *Mariage*. À cause de l'importance du sujet et de la multiplicité des matières qu'il renferme, ce second volume en sera composé en entier. Les livraisons de 1880 commenceront par le titre de la *Séparation de Corps* et ainsi de suite pour les années subséquentes.

Quatre-vingt-seize pages de chaque livraison étant consacrées au Commentaire sur le Code Civil et à la Bibliothèque du Code Civil, laisseront 32 pages à remplir par les autres matières, qui, à la fin de l'année formeront un autre volume de 384 pages. De cette façon chaque abonné en payant $6.00 qui sera le prix de l'abonnement, recevra trois volumes, dont deux seuls, au prix de l'abonnement originaire, lui auraient coûté $7.00.

Nous ne doutons nullement qu'avec ces conditions d'une facilité inouïe jusqu'à ce jour, et qui n'ont été établies que pour mettre la publication à la portée de toutes les bourses, *La Thémis* reçoive un accueil favorable de toutes les classes instruites et surtout des hommes de loi et des membres du clergé, qu'elle intéresse particulièrement.

EUSEBE SENÉCAL,
Imprimeur-Éditeur.

DE LA JURISPRUDENCE.

Il importe beaucoup à la science légale de connaitre la portée du mot *jurisprudence*, dont on se sert si souvent et quelquefois, avouons-le, sans en saisir toute l'étendue et l'importance. Nous avons trop confiance dans le Barreau de la Province de Québec pour craindre de lui dire toute notre pensée sous ce rapport ; d'ailleurs, comme notre unique but, en faisant les remarques consignées dans ces pages, n'est que d'être utile à la profession à laquelle nous avons l'avantage d'appartenir, nous avons préféré nous effacer la plupart du temps, pour faire entendre la voix imposante de jurisconsultes bien connus dans les sphères judiciaires.

Or, qu'est-ce que la jurisprudence ?

Les anciens la définissaient : *la connaissance des choses divines et humaines, la science du juste et de l'injuste.* A propos de cette définition de Justinien, Ducauroy dit que la jurisprudence (ou le droit) est la connaissance de ce qui est juste ou injuste dans les choses humaines, dans les choses divines et partout où cette distinction peut s'établir.

Il n'y a pas à se dissimuler que cette définition est de nature à décourager ceux qui ont l'ambition d'acquérir le titre de jurisconsulte consommé ; car, comme le dit Guyot, la science parfaite du droit ne consiste pas seulement dans la connaissance des lois, des coutumes et des usages ; mais, elle demande aussi une connaissance générale de toutes les choses tant sacrées que profanes, auxquelles les règles de la justice et de l'équité peuvent s'appliquer.

Cette exigence paraitrait même excessive à la plupart d'entre nous qui n'avons eu ni les avantages de cours universitaires, ni les loisirs, ni les ressources nécessaires à cette connaissance si variée et si approfondie de la jurisprudence, si

Dupin ne venait nous faire entendre un mot d'espoir en disant : " ce que l'on attend d'un avocat, c'est qu'il connaisse en général les différences que les coutumes, dont le ressort est étendu, ont entr'elles, qu'il n'ignore pas qu'il existe des règlements, soit généraux, soit particuliers, sur telle et telle matière, et quel est leur objet. A l'égard des détails, on veut qu'il sache dans quel livre les trouver ; qu'ensuite, il soit en état, au moyen des principes, dont il s'est pénétré, d'en saisir et d'en établir le vrai sens." (De la prof. d'avocat.)

Voilà qui va nous reconcilier avec la science du droit ; mais défions-nous toutefois de la traiter trop familièrement et avec trop peu de dignité, car si elle a des apparences invitantes à ceux qui la regardent de loin, elle prépare de grands déboires à ceux qui ne se donnent pas la peine de connaître la beauté de son caractère. Quoiqu'il en soit, la tâche que nous impose Dupin, pour nous rendre digne du beau titre d'avocat, et pour en avoir le prestige, est encore assez forte dans un pays comme le nôtre où les sources du droit sont si variées, et les besoins de législation sont si pressants. Aujourd'hui, cette tâche est diminuée par la codification de nos lois civiles et de procédure civile, par des publications judiciaires et des cours universitaires à la portée des aspirants. Rendons-en hommage à ceux qui nous ont précédés dans les sentiers épineux de la science. Rien n'était défriché sous leurs pas et pourtant les principes ne leur étaient-ils pas plus familiers ; ne gagnaient-ils pas en profondeur ce que nous acquiérons en étendue ? Etait-ce parceque ces difficultés même ne laissaient qu'aux âmes d'élite le courage de les affronter ; était-ce l'habitude de lutter qui développait leurs facultés ; était-ce parceque le rude travail auquel ils se livraient leur faisait désirer plus ardemment d'aller se rafraîchir aux sources de la vérité dont ils étaient avides ? Toujours est-il qu'on est étonné de voir le chemin immense qu'ils ont fait à travers cet amoncellement de coutumes, d'usages, de statuts et de précédents qui nous régissaient.

On entend aussi par le terme de jurisprudence les principes qu'on suit en matière de droit dans chaque pays ou devant

chaque tribunal; l'habitude où l'on est de juger une question de telle ou telle manière, une suite de jugements uniformes qui établissent un usage sur une même question.

La jurisprudence a donc proprement deux objets: l'un qui est la connaissance du droit; l'autre qui consiste à en faire l'application. Merlin, V. Jurisp.

Ainsi donc le terme de jurisprudence se prend dans une double acception. Il s'entend d'abord de la science du droit, et dans ce sens il est synonyme de droit; mais le plus habituellement, on emploie le mot jurisprudence pour signifier l'uniformité non interrompue de plusieurs arrêts dans des espèces semblables, ce qui tient lieu de loi.

L'autorité de ce supplément naturel de la Législation est bien nettement établie par les lois Romaines: " *In ambiguitatibus vero quæ ex lege proficiscuntur rerum perpetuo similiter judicatarum vim legis obtinet auctoritas.* L. 38, D. *de Legibus.* Rolland de Villargues, V. Jurisprudence.

Quelle est l'utilité de cette jurisprudence que Henieccius (élem. du droit civ. Rom.) définit l'habitude pratique de bien interpréter les lois et de les appliquer à propos à toutes les espèces qui se présentent?

" Il est des jurisconsultes, dit Merlin, qui professent, pour la jurisprudence, une déférence servile et humilient aveuglément leur raison devant l'autorité des arrêts; à leurs yeux, ce qu'une cour a jugé est désormais une règle incontestable; c'est un axiome qu'il n'est plus permis de révoquer en doute et qu'il est oiseux de justifier.

D'autres jurisconsultes, au contraire, rejettent l'autorité de la jurisprudence; ils excluent pour ainsi dire les arrêts de la science du droit."

Nous voudrions pouvoir dire qu'en Canada nous ne tombons dans aucun de ces excès. Est-ce respect pour l'autorité judiciaire ou ignorance de ses attributions? Est-ce manque de temps, ou manque de courage? Toujours est-il qu'il n'est pas rare d'entendre au palais argumenter à coups de décisions de toutes juridictions. L'un cite un précédent, l'autre se croit victorieux en en citant deux. Nous n'avons pas été peu surpris

d'entendre citer des jugements rapportés aux fins seules d
divulguer l'erreur et ce à l'encontre direct d'un texte de
clair et précis. Il nous en coûte de le dire tout haut, n
n'entendons-nous pas des juges dire : " ce n'est pas là mon
nion, cependant tel tribunal a jugé ainsi et je dois suivre c
décision." Il n'y a pas jusque dans les épreuves soumises
candidats à la profession où l'on a été jusqu'à demander s
savaient ce qui avait été décidé dans la cause de R.........
R......Il est temps d'élever la voix contre cet état de chose
menace de nous envahir ; il est temps de réclamer les droit
la raison qui ne peut consentir à se rendre sans examen en
matières qu'une autorité infaillible n'enlève pas à son contr

Est-ce à dire que nous ne devons avoir aucun respect p
la jurisprudence et même pour les jugements de nos cou
Non, certes ! car la jurisprudence, établie par des arrêts,
partie de la connaissance du droit, et, disait d'Aguesseau, l'
cien droit consiste plus en usages et en décisions particuliè
que dans des principes immuables, ou dans des conséquen
directement tirées des règles de la justice naturelle. (Quatriè
instr. tom. 1, p. 395.)

On ne peut pas plus se passer de jurisprudence que de lo
dit un habile orateur, et le chancelier Bacon avait dit av
Portalis que la jurisprudence est l'ancre de la loi, comme
loi est celle de l'état.

Dupin fait observer que les premiers ouvrages de di
n'ont été que des recueils d'arrêts et que c'est ainsi qu'o
posé les bases du droit français. Aussi Prost de Royer co
tait-il de son temps 118 recueils d'arrêts, et il avoue que
liste est loin d'être complète.

Ici en Canada, il est indéniable que de nombreuses di
cultés ont été aplanies par des jugements savamment élabo
et qui ont servi de bases à plusieurs textes de notre Code Ci
et de procédure.

Mais doit-on accorder aux décisions des tribunaux ce resp
qui consiste à les accepter sans examen, sans discussion ?

En France, on n'accorde jamais d'autorité aux jugement
l'encontre d'un texte de loi clair et précis ; et si le magist

est convaincu que la jurisprudence est en opposition manifeste avec la loi, il doit s'attacher à celle-ci. *Non exemplis sed ligibus judicandum.* Si le cas soumis n'est pas prévu par la loi, le devoir du magistrat et du jurisconsulte est de vérifier s'il est décidé par la jurisprudence, et s'il en est ainsi il ne peut manquer de la suivre.

Nous disons qu'alors le magistrat et le jurisconsulte sont obligés de suivre la jurisprudence. Reste à savoir quand il y a jurisprudence établie sur un cas qui n'est pas clairement prévu par la loi.

Il est très important, dit le Président Bouhier, de faire attention que, pour donner aux choses jugées cette autorité qui *approche* de la Législation, il ne suffit pas d'un ou de deux arrêts rendus souvent sur des circonstances particulières, ou dans des causes mal plaidées et mal défendues.

Aussi est-il certain que pour former une jurisprudence sur une matière il faut une longue suite d'arrêts uniformes.

Les lois Romaines semblaient même exiger quelque chose de plus, car elles demandaient pour cela une suite de choses perpétuellement jugées de la même manière : *rerum perpetuo similiter judicarum auctoritatem.*

On a dû remarquer qu'il n'y a que les arrêts qui puissent former une jurisprudence. Or, le mot *arrêt* est le nom qu'on donne en France aux jugements des Cours souveraines, parceque, n'étant pas susceptibles d'être réformés sur appel par un tribunal supérieur, ils mettent fin aux procès et arrêtent toutes contestations ultérieures entre les parties.

Les auteurs anciens ont varié sur l'origine et la valeur du mot "*arrêt.*" Nous préférons, dit Rolland de Villargues, comme plus simple et plus naturelle l'opinion de ceux qui font dériver le mot *arrêt* de *adrestare*, *arrester*, *arrêter*. En effet, les décisions des Cours souveraines auxquelles on donne ce nom, à la différence des jugements émanés des tribunaux inférieurs, *arrêtent* toute contestation ultérieure entre les plaideurs et fixent irrévocablement leur sort, en ce sens du moins qu'elles ne peuvent être attaquées comme prononçant un mal jugé.

Avant le 13me siècle, il ne parait pas que les décisio: des cours eussent une dénomination qui les distinguât de cell des Juges inférieurs. Vers l'an 1280, on commença à donn aux décisions des cours le nom d'*arrêts* et à celles des autr tribunaux celui de *jugements* ou *jugés*. Ce n'est guère que ve le 18me siècle qu'il fut défendu aux Juges inférieurs de dé gner leurs décisions par le nom d'*arrêts*. Sous la Républiqu les décisions des tribunaux de tous les degrés prirent le no de *jugements ;* mais le Senatus-consulte du 28 flor. an XII, ε rendant aux tribunaux supérieurs la qualification de cours c justice, réserva en même temps à leurs décisions la dénomin tion d'arrêts. (art. 134) Encyclopédie du droit. Sébire et Co teret. V. Arrêt.

Et remarquons qu'il n'y a que les tribunaux souverains qı portent le nom de *cour*. Il n'y a en France que la Cour d'A pel, la Cour d'Assises, la Cour de Cassation—à part la Cour d Comptes.

La *Cour d'Appel* a pour attribution générale de connaîtı des appels des jugements de première instance civile, corre tionnelle ou de commerce.

La *Cour d'Assises* est un tribunal supérieur, qui siége pa intervalle dans chaque province, pour juger les accusés d crimes que la chambre d'accusation de la Cour d'Appel lui renvoyés.

La *Cour de Cassation* est une juridiction établie pour main tenir l'unité de la législation et empêcher que les tribunau n'étendent ou ne restreignent leurs attributions hors ou eı deça du cercle que la loi leur a tracé. Voir les lois du 1er déc 1790. 28 flor. an VII et 4 août 1832. Rolland de Villargues.

La Cour de Cassation, dit Rivière, Jurisp. de la Cour d Cassation, n'est pas un troisième degré de juridiction. Quanc les deux degrés ont été épuisés il y a arrêt souverain (Art 71, 20 avril 1810), chose jugée. Cependant, comme il serai possible qu'une erreur de droit eut été commise, que la lo eut été violée, le législateur a institué une voie extraordinaire dans le but de la faire respecter, d'en assurer l'application devant les tribunaux.

Mais ce recours est un remède extrême, établi plutôt dans l'intérêt de la fidèle exécution de la loi que dans l'intérêt des parties.

Ce n'est pas, dit Carré, par la considération du préjudice qu'un jugement illégal ou injuste peut porter aux intérêts privés de ceux entre lesquels il est intervenu que la loi déclare recevable le pourvoi qu'ils interjettent eux-mêmes ; c'est parce qu'il serait d'une funeste conséquence pour tous les membres de la société qu'une erreur de droit commise dans l'instruction ou le jugement d'une contestation privée devint, par succession de temps, une erreur commune qui prendrait la place de la disposition de la loi. (Org. et compet. 2e. part. liv. 3, tit 7). Ce n'est pas le procès qu'il s'agit de juger, disait aussi Toullier, c'est le jugement. (T. I, Nos. 126 et suiv. V. Delangle. Encyclopédie du Droit. Vo. Cour de Cassation, No. 168.

Et ces arrêts doivent être rendus par un certain nombre de magistrats qui varie suivant les cours.

Au parlement de Paris, il fallait, pour rendre un arrêt, qu'il y eut au moins un Président et dix Conseillers ; au Parlement de Toulouse 10 juges, y compris le Président ; au Parlement de Grenoble un Président et six Conseillers, et à défaut du Président, huit Conseillers ; la même règle existait pour la Provence. Au Parlement de Lorraine il fallait sept juges.

Aujourd'hui (1825) en France, dit Merlin, il ne peut être rendu d'arrêt par les Cours d'Assises qu'au nombre de cinq juges ; par la chambre d'accusation et de police correctionnelle des cours royales, qu'au nombre de cinq juges ; par les autres chambres des cours royales, qu'au nombre de sept juges ; par la Cour de Cassation, qu'au nombre de onze.

Il faut observer, dit Rolland de Villargues, qu'aujourd'hui, la Cour de Cassation ayant pour mission spéciale de régulariser la jurisprudence, ce n'est guère que d'après les arrêts de cette Cour qu'on peut juger si la jurisprudence est ou non établie sur un point de droit.

Disons en passant que la Cour de Cassation n'est que le perfectionnement de l'ancien Conseil des Parties créé sous Louis XV.

Elle est appelée à réprimer la violation de la loi, qui es principale, pour ne pas dire la seule ouverture de cassati Elle ne connait point du fond des affaires. Les décisions ı dues en fait, *le mal jugé* sont à l'abri de sa censure.

Ainsi l'on voit les précautions prises en France pour c sidérer une jurisprudence établie; c'est-à-dire cette jurisp dence qui a presque force de loi—tant on a su éviter de don aux Juges un pouvoir législatif. Encore les auteurs ne peuv se décider à dire que cette jurisprudence a force de loi. Il a en réalité que les arrêts de réglement qui ont cette force, m dans le ressort seul pour lesquels ils sont passés.—En effet Parlements faisaient quelquefois, dans des assemblées de tou les chambres, des réglements, soit sur la procédure, soit des questions de droit et, publiés, ces règlements avaient foı de loi dans les tribunaux du ressort de ces Parlements.

La loi du 24 août 1790, titre 2, art. 10 et 12 et l'art. 203 de Constitution de fructid. an III, avaient déjà défendu aux Ju de s'immiscer dans l'exercice du pouvoir législatif et de ne fa aucun réglement. Mais l'art. 9 du décret du 30 mars 1808, et décret du 6 juil. 1810 autorisent les tribunaux à faire, po l'ordre du service et le nombre des audiences, des réglemeı particuliers qui doivent être soumis à l'approbation du go vernement.—Rolland de V., vo. Arrêt de règlements.

Comment donc en France sont considérés les jugements is lés ?— Lorsqu'une question, dit Bousquet, Dict. de droit, v Jurisprudence, est décidée plusieurs fois de la même manièı c'est là une grande autorité......mais quelle que soit cette aut rité, les Juges ne doivent pas toujours s'y arrêter, car, ainsi qı l'observe Dumoulin, la moindre différence dans les faits e traîne une grande différence dans le droit.

Les arrêts qui ont été rendus, dit Rolland de Villargues, p des cours sur des espèces particulières, ne peuvent servir qu de raisons dans d'autres affaires ; encore est-il rare qu'ils pui sent absolument être regardés comme des motifs de décisioı parcequ'il n'arrive pas souvent que les circonstances des fai soient les mêmes ; les Juges se déterminent quelquefois su des motifs qu'on ne doit pas étendre d'un cas à un autre ; o

ignore ordinairement les raisons de la décision ; d'ailleurs les arrêtistes ne sont pas toujours fidèles à rendre compte des faits et des moyens des parties, comme on le reconnait par l'opposition qui se trouve entre ceux qui rapportent les mêmes arrêts. La jurisprudence est quelquefois différente, non-seulement entre les parlements, mais encore entre les chambres du même parlement. Cependant il faut convenir que, quand il y a une suite d'arrêts qui paraissent avoir été rendus dans la même espèce, et qui ont jugé une question de la même manière, sans qu'on allègue des arrêts contraires, cette suite de jugements uniformes fait un usage qui est le meilleur interprète des lois.

L'autorité accordée à la Cour de Cassation et la mission qu'elle est appelée à remplir, limite naturellement à quelques arrêts la fixation de la jurisprudence et, un seul arrêt de cette cour est même, en pur point de droit, une autorité qui porte à croire que la question doit être jugée de la même manière. Mais la nature des choses indique que l'on ne peut tirer un pareil avantage des arrêts rendus à raison des circonstances particulières de la cause. C'est alors, dit Villargues, qu'il est vrai de dire des arrêts : bons pour ceux qui les ont obtenus; c'est-à-dire que leur autorité doit être circonscrite à l'espèce dans laquelle ils ont été rendus. Or, on a vu combien rare est la similitude des circonstances qui autorisent un jugement. C'est à la sagacité du magistrat et du jurisconsulte à distinguer entre les arrêts ceux qui forment vraiment autorité et peuvent servir d'éléments à la jurisprudence.

Bacon, cité par Merlin, (*De exemplis et usu com.* aph. 21), distingue avec soin la jurisprudence qui est devenue une sorte de coutume et de législation tacite, de celle qui ne comporte encore qu'un petit nombre de précédents ; mais c'est pour dire que si la première a la puissance de modifier et d'abolir les lois, la seconde doit servir de guide dans leur ambiguité ou leur insuffisance.

C'est celui des auteurs que nous avons consultés qui a accordé le plus à l'autorité des arrêts ; car nul autre n'a été à dire que la jurisprudence ait eu l'effet d'abolir la loi.

Quoiqu'il en soit, l'on voit avec quelle précaution l'on en-

toure l'action du pouvoir judiciaire ; et c'est avec raison, car général, les arrêts n'ayant pas pour objet de décider un point droit isolé, mais de prononcer sur ce qui doit avoir lieu da certaines circonstances particulières, sont susceptibles de riations infinies.

Quant aux jugements des tribunaux inférieurs, il n'y a pas doute qu'un certain nombre de décisions rendues sur des es ces identiques et qui ont jugé une même question de la mêr manière, établissent un usage, une espèce d'autorité très-uti à l'interprétation des lois et dont les Juges ne sauraient s' cartêr sans motif.

Voilà donc ce qui est la théorie en France et nous ne croyo avoir rien exagéré, dans l'exposé d'une doctrine consacrée d puis longtemps et sur laquelle il nous semble y avoir u imposante majorité.

Plus grand a été notre embarras quand il nous a fallu d terminer le crédit qu'on accorde en Angleterre aux précédent A en croire certains praticiens, le jugement d'une cour anglais serait un oracle dont la sagesse ne saurait être mise en dout De fait les précédents y ont même créé un corps de droi (case law). Mais voyons si cette législation est aussi servil qu'on serait tenté de le croire ; ce serait plus que surpre nant chez un peuple qui a revendiqué la liberté de raisonne même en matière de dogme. Pour cela on nous permettr de remonter à l'origine même de la législation anglaise.

La variété des nations qui se sont successivement partagé l Grande-Bretagne, laissant chacune de leurs coutumes et d leurs usages, doit nécessairement avoir causé une grande confusion dans les lois du royaume. Le roi Alfred refondit ces matériaux anciens et discordants et réunit, comme un autre Théodose, les différentes coutumes qu'il trouva dispersées dans le royaume ; il les réduisit à un système uniforme et en composa son *Dombec* ou Code de lois *liber judicialis*, pour l'usage des cours *baron*, des cours de canton ou centurie, des cours de comté, cours *leet*, et cours de tournée des shérifs, tribunaux locaux, sous le contrôle des cours royales ambulatoires, qui

les contenaient dans les limites de la loi universelle ou commune.

L'invasion des Danois altéra ce Code, qui devait cependant revivre avec quelques ajoutés de coutumes bretonnes ou plutôt *merciennes*, dans le Digeste de Edgar, terminé sous Edouard le Confesseur.

Telle est l'origine de l'admirable système de maximes et de coutumes non écrites, aujourd'hui connu sous le nom de loi commune, et qui nous a été transmis, quant au criminel, par la cession de 1763. Ce droit était enveloppé de *formes*. Ces formes ont toujours été sacrées pour les Juges anglais qui tenaient qu'elles ne pouvaient être altérées que par le Parlement, parceque le changement de ces formes était considéré comme dangereux à la loi elle-même qu'elles contenaient sous forme de préceptes (*Breve*, du saxon *Writan*.)

On peut facilement s'imaginer que ces corps de lois n'avaient pas tout prévu ; et d'ailleurs les besoins sociaux devançaient, comme dans toutes nations progressives, la législation quelque complète qu'elle put être. Cependant les cours de loi ne pouvaient se décider à dévier des anciennes formes de writ, et pour pouvoir satisfaire aux besoins de législation qui se faisaient sentir, on fut obligé d'avoir recours aux fictions légales par le moyen desquelles les Juges se décidaient à consacrer des principes non encore prévus, et même à altérer une règle de droit dont l'application changeait. Le droit anglais sur *précédents* (case law) repose sur des fictions qui satisfont un besoin d'améliorer sans offenser la répugnance pour les changements. Ainsi, lorsqu'un groupe de faits est porté pour être jugé, la discussion roule sur cette supposition qu'il ne s'élève, qu'il ne peut s'élever aucune question qui rend nécessaire l'application de principes autres que les anciens ou de distinctions autres que celles qui sont admises depuis longtemps. On tient pour absolument démontré qu'il y a quelque part une règle de droit commun qui s'applique aux faits de la cause,et que si cette règle n'est pas découverte, c'est seulement, parcequ'on n'a pas eu assez de patience pour la découvrir. Cependant, dès que le jugement a été rendu et enrégistré dans les recueils, on

glisse sans s'en apercevoir et sans en convenir dans une façon de parler et de penser toute différente. On admet maintenant que la nouvelle décision a modifié le droit.

Les anglais ne soutiennent pas que les tribunaux font des lois ; ils supposent qu'ils n'en ont jamais faites, et cependant, ils prétendent que les règles du droit coutumier anglais, avec quelqu'assistance de la Cour de Chancellerie et du Parlement, sont assez étendues pour suffire aux intérêts compliqués de la société moderne.

Un corps de droit ressemblant beaucoup au droit tiré des précédents était connu des Romains sous le nom de *Responsa prudentum.* " Réponses des savants en droit ". Elles consistaient en notes explicatives sur des lois écrites ; les jurisconsultes s'exprimaient comme si le texte n'avait en rien changé ; la règle dominait toute glose ; personne n'avouait qu'une interprétation quelconque, quelqu'éminent que fut l'interprète, ne fut pas susceptible de révision si on invoquait contre elle le vénérable texte. Cependant en réalité, les livres de réponses, qui portaient les noms des principaux jurisconsultes, jouissaient d'une autorité au moins égale à celle des recueils de jurisprudence anglaise, et modifiaient, étendaient, limitaient constamment ou même remplaçaient, dans la pratique, les dispositions du droit.—(Maine, Ancient Law.)

C'est ainsi que s accrurent ces règles et ces maximes qui constituent la collection immense de la loi commune laquelle a reçu, de temps à autre, la sanction des cours de justice sans l'intervention du pouvoir législatif. En 1826, Kent (Commentaries) comptait, à part les rapports des Cour d'Amirauté, d'Elections et des Rapports d'Irlande, au-delà de 648 volumes en sus de la loi statutaire.

Ajoutons que c'est par la jurisprudence anglaise que, de 1688 à 1780, se forma cette magnifique loi maritime dont les bases ont été posées par le développement des principes sur lesquels se fondent les polices d'assurances et par l'heureuse application de ces principes aux cas particuliers.

Les Cours d'Equité, créées plus tard, s'émancipèrent de cette rigidité des cours de loi, formèrent, par des considérations

d'équité, une jurisprudence, non-seulement quand elles y étaient autorisées par des statuts particuliers, mais encore en étendant le recours, par le writ de *trespass*, sur l'espèce particulière, (on the case) conformément à son institution par Edouard I, à presque tous les cas de griefs auxquels toute autre manière de remédier en justice était inapplicable.

Cette jurisprudence, qui répondait à des besoins sociaux pressants, acquit avec le temps beaucoup de respect et fut même adoptée par les cours de loi.

L'équité devint un corps de règles existant à côté du droit civil, fondé sur des principes différents et prétendant, à l'occasion, devoir être mis au-dessus de ce droit, en vertu d'une pureté supérieure attribuée à ses principes. L'équité devant les prêteurs romains ou devant les chanceliers d'Angleterre diffère des fictions qui l'ont précédée, en ce que la modification introduite dans le droit est patent et avouée. D'autre part, elle diffère de la législation, moyen de perfectionnement du droit qui vient après elle, en ce que ses prétentions à l'autorité sont fondées, non sur les prérogatives d'une personne ou d'un corps constitué, ni sur les pouvoirs du magistrat qui prononce, mais sur la nature de ces principes auxquels on affirme que tous doivent se conformer.—(Maine, Ancient Law.)

Voilà donc comment s'est formée cette loi anglaise : et par des règles mis en corps, étendues par des fictions légales, par des Jugements d'Equité et enfin par des lois formulées.

Ce qui précède nous fait comprendre pourquoi les précédents sont considérés, en Angleterre, comme ayant une grande autorité.

Voyons maintenant de quel poids sont, en Angleterre, les décisions des tribunaux ?

Nous nous convaincrons qu'en définitive les jugements des cours d'Angleterre ne sont guère acceptés plus à la légère qu'en France, au temps où celle-ci surtout avait à interpréter les coutumes et le droit qu'avaient traînés après elles les nations variées qui se partageaient son territoire ;—et pour cela, citons ce qui se trouve répandu dans les recueils, et dans les historiens :—Les précédents ont toujours été vus avec beau-

coup de crédit par les sages de la loi et ils sont réputés (loi des cours, qui ne peuvent aller contre un jugemen forme à *une série* de précédents. 4 Coke's Rep. 93. C Rep. Eliz. 65. 2 Lill. Abr. 344. Mais les nouveaux préc(ne sont pas d'un grand poids ; ceux qui interviennent sa: cision judiciaire, sur argument, ne sont d'aucune valeu les opinions extra-judiciaires données dans ou hors de la ne sont pas de bons précédents.— Vaughain's Rep. 169, 399, 429.

Il a été jugé qu'il ne peut y avoir de précédents en ma d'équité, car l'équité est la vérité universelle ; mais, su: Lord Keeper Bridgman, les précédents sont nécessaire équité pour faire ressortir la raison qui doit servir de gu et outre l'autorité de ceux qui les font, il est à supposer ces derniers n'agissent ainsi qu'avec grande consideratior il serait étrange de mettre de côté ce qui a été la cout pendant longtemps. 1 Mod. 307. S'il y a doute sur ce qu équitable ou non, il est prudent de le déterminer selor précédents, particulièrement s'ils sont faits par des hom d'autorité et de savoir. Id.

Les précédents, dans quelques causes, peuvent rendre va un acte qui, d'après la rigueur de la loi, serait nul. Jenk. C 162, 172.

Les innovations sont dangereuses, et les anciens juges d loi n'ont jamais permis que la loi commune fut altérée. C on Littleton. 379.

Du temps de Edouard III les juges disaient : nous ne v lons pas changer la loi qui a toujours été en usage ; et, du ten de Henri IV, ils déclaraient qu'il serait mieux qu'il y défectuosité que de changer la loi ou d'y faire aucune in: vation. Id. 303. Jacob's Dect. V. Innovation.

Lord C. Talbot disait qu'il était mieux de s'en tenir a règles générales connues que de suivre aucun précéde fondé sur des raisons inconnues. Cases in Chan. in I Talbot's Time. 26, 27. Il est très dangereux, disait-il, d'altér les anciennes formes établies. Id. 196.

Voici maintenant ce que dit Kent et ce qui semble être la manière de voir aux Etats-Unis :

Une décision solennelle sur un point de droit, intervenant dans un cas donné, devient une autorité dans un *semblable* cas, parceque c'est la plus grande preuve de la loi applicable sur le sujet ; et les juges sont tenus de suivre cette décision aussi longtemps qu'elle n'est pas cassée, à moins qu'il soit démontré que la loi a été incomprise ou mal appliquée dans ce cas particulier. Si une décision a été rendue, sur solennel argument et après mûre délibération, la présomption est en faveur de sa rectitude .... Quant une règle a été une fois délibérémment adoptée et déclarée, elle ne doit pas être repoussée, à moins de l'être par une Cour d'appel ou de révision, et jamais par une même Cour, excepté pour de valables raisons et sur une erreur manifeste.

Mais, dit-il, je n'entends pas que l'on croit que je veuille pousser trop loin la doctrine du *Stare decisis*, quand je vois qu'il y a plus de 1000 causes dans nos rapports anglais et américains qui ont été renversés, mis en doute ou limités dans leur application. V. Kent's Commentaries, p. 479.

Ainsi il reste acquis que, de nos jours surtout, les anglais et les américains sont d'accord avec les auteurs français, pour ne reconnaître aux décisions judiciaires, qu'une autorité qui doit être examinée aux lueurs de la raison, et que jamais elles ne doivent être acceptées à l'encontre du vénérable texte, comme dit Maine, dans son excellent livre de la loi ancienne.

Il pouvait être de nécessité, dans la création des lois anciennes, que les fictions légales, les considérations d'équité fussent, avec la législation, des moyens par lesquels le droit se mettait en harmonie avec les besoins sociaux de sociétés naissantes ; mais aujourd'hui nous pouvons dire avec Merlin : On ne devrait jamais citer que des arrêts de règlements ; en alléguer d'autres, simplement comme des exemples et des préjugés, c'est un abus que les gens sensés devraient bannir, parcequ'un exemple ne saurait être concluant qu'autant que les circonstances sont entièrement semblables ; or, en supposant la possibilité de cette similitude parfaite, il reste à l'éta-

blir, ce qui est ordinairement une chose impossible ; mais ce mauvais usage d'invoquer des arrêts subsistera longtemps, à cause de la facilité qu'il donne d'étayer, par des exemples bien ou mal rapportés, des systèmes contraires aux principes, et il devient dès lors absolument nécessaire de connaître la jurisprudence pour écarter les préjugés que l'on oppose mal à propos, pour combattre par des armes pareilles celles que nos adversaires emploient. Il convient qu'après les avoir exposés à ceux qui consultent les vrais principes, on les avertisse des arrêts qui paraissent s'en écarter, et qui peuvent leur inspirer quelque défiance sur le succès que les principes seuls leur assureraient. V. Jurisprudence.

Est-ce là ce qui arrive en Canada ?

Nous pensons qu'on professe, vis-à-vis des décisions des cours, un culte qui serait peut-être à tolérer s'il était pratiqué de bonne foi ; mais qu'on ne peut pas plus approuver que d'autres cultes créés pour favoriser une indifférence coupable vis-à-vis des principes solides, ou pour le triomphe d'idées erronnées.

Or, parcequ'une main imprudente aura ouvert la porte du sanctuaire qui renferme la vérité, nous ne croyons pas qu'il puisse être permis à tous d'y entrer faire des dévastations. Nous ne nions certes pas la nécessité d'étudier les décisions rendues par nos tribunaux ; nous ne voulons pas amoindrir leur importance ; mais nous voulons qu'ils ne soient cités que comme conformes à la lettre ou à l'esprit de la loi, et d'accord avec la raison, et non comme flattant des prétentions préjudiciables aux intérêts du droit et de la justice.

Nous sommes reconnaissants à ceux qui ont consacré leurs veilles à faire des collections précieuses de nos décisions et à compiler en recueils des rapports raisonnés et marqués du sceau d'une grande sagesse. A nous d'y puiser avec discernement.

L'opinion d'un juge éclairé, ayant eu l'avantage d'entendre des plaidoiries savantes, n'est pas d'un petit poids ; mais toutes les décisions ne sont pas rendues dans des conditions propres à établir une jurisprudence ; à coup sûr ce ne sont pas celles,

et elles sont assez nombreuses, qui ne portent pas avec elles leur justification,et où ceux qui les ont prononcées croient avoir satisfait aux art. 472 et 1174, C. P. C., en donnant pour unique considérant, qu'une des parties a prouvé ses allégations, ou qu'il y a mal jugé, ou bien jugé, dans le jugement dont est appel.

Non, les jugements, pensons-y-bien, ne sont pour la doctrine que des exemples, dont l'autorité se mesure sur leur nombre et sur le degré de confiance et de respect qu'inspirent les cours qui les ont donnés. Ce n'est pas que nous méprisions les précédents, c'est l'abus des précédents que nous condamnons, et nous disons avec Proudhon: " Nous ne voulons pas qu'ils préjudicient à l'examen approfondi des règles applicables au fonds de la cause, parceque c'est toujours de là que doivent ressortir les motifs de la décision du juge; nous ne voulons pas que le jugement d'un procès soit précisément calqué sur celui d'un autre, parceque la jurisprudence n'est point un art d'imitation." (Préface du traité des droit d'usuf. dus. et d'hab., p. 19).

Nous n'avons rien à dire contre l'habitude de citer des jugements, qui sont la plus haute expression de la puissance humaine. *Res judicata pro veritate habetur ;* et comme nous le disions, c'est l'opinion d'un tribunal composé d'hommes qui, pour la plupart, ont été choisis pour leur savoir et leurs vertus, et que l'ascension au banc relève de toute la hauteur de l'indépendance qui leur est accordée et à laquelle ils ont droit. Mais malgré la respectabilité de nos juges, qui font honneur à la magistrature, il ne faut pas oublier qu'ils sont hommes, et comme le disait dernièrement un des juges les plus judicieux: " Je ne me suis jamais autant aperçu que je suis homme, que depuis que je suis juge." D'ailleurs, malgré leur bonne volonté, maintes circonstances peuvent les induire à une erreur involontaire ; les faits mal représentés, le manque de temps pour délibération ; la multiplicité des questions de tous genres, et disons-le, souvent et très-souvent, la trop grande tache qu'on leur laisse à accomplir, en leur laissant deviner ce qu'on est chargé de leur représenter, ou qu'une fatigue légi-

time, peut-être, leur fait quelquefois refuser d'entendre ; voilà autant de considérations qui peuvent nous avertir qu'on ne doit citer les précédents que lorsqu'on sait qu'ils sont conformes à la loi et à la raison ; c'est une hérésie, et une hérésie dangereuse, que d'accorder aux Juges l'autorité du Législateur ; ils ne sont que les interprètes de la loi, mais interprètes dont les interprétations sont sujettes à examen, et auxquelles la soumission aveugle entraînerait les plus sérieuses conséquences. S'il nous était loisible, et nous le ferons peut-être un jour, nous citerions une foule des jugements de nos cours, même supérieures, qui ne peuvent pas soutenir l'épreuve du raisonnement et qui cependant sont cités sans plus de commentaires. Il arrivera qu'un jour un tribunal énergique secouera cette déplorable servilité, revendiquera les droits de la science méconnue ; et les débris de ces monuments élevés sur des bases erronées, rejailliront sur les plaideurs et sur la mémoire de ceux qui les auront élevés. Il arrivera que les hommes sérieux se fatigueront inutilement dans l'étude des vrais principes du droit, puisque d'un seul trait, tiré dès rapports judiciaires, se trouveront anéanties leurs prétentions les mieux assises ; il en résultera que la profession consistera à examiner ce qu'a pensé tel juge et non pourquoi il a ainsi pensé ; il en résultera qu'il n'y aura plus de certitude ni dans l'étude, ni dans les conseils, ni dans les jugements ; et du coup tomberont ce prestige auquel l'avocat a droit et cette auréole dont doit être entouré le Juge ; et alors on aura raison de dire : " On s'imagine que les tribunaux sont créés pour rendre justice ; c'est une erreur, ils ne sont que pour terminer les procès."

Certains tribunaux ont cependant droit de faire des règles de pratique, et encore faut-il qu'elles ne contredisent pas la loi : c'est le pouvoir qui leur est accordé par les articles 29 et 1177 du Code de procédure civile de faire des règles de pratique nécessaires pour la conduite des causes qui leur sont soumises, et pour toutes autres matières de procédure qui ne sont pas réglées par ce Code. Disons en passant qu'il serait à désirer que ces règles, en partie incorporées dans le texte du Code,

fussent épurées et compilées d'une manière plus conforme aux besoins de la procédure.

Avec ces considérations et dans la certitude que l'on feuilletera les arrêts et les jugements avec prudence et discernement nous croyons être utiles, à nos jeunes confrères surtout, en leur donnant une liste des principaux recueils d'arrêts et de jugements français, anglais et canadiens, leur faisant observer que, à part la collection canadienne, qui s'y trouve toute entière, on ne trouve à Montréal, à la bibliothèque du Barreau, que les recueils ou partie des collections que nous avons indiqués en lettre italique.

Recueils D'ARRÊTS publiés en France depuis 1789. Dictionnaire : *Dupin, Loiseau et Delaporte.*—Etat des jugements du tribunal de cassation.—Bulletin des arrêts de la Cour de cassation. *Journal du Palais : Bourgeois—Recueil Général : Sirey—Journal des Audiences : Denevers, Dalloz—Jurisprudence Générale du Royaume : Dalloz—Gazette des tribunaux—Bibliothèque du Barreau : Mauguin et Dumoulin — Jurisprudence du Code Civil : Bavoux et Loiseau*—Arrêts de la Cour d'Aix, *d'Agen*, d'Amiens, *de Besançon*, *de Bordeaux*, de Caen et Rouen, de Corse, de *Dijon*, *de Grenoble*, de Lyon, de Metz, de Nancy, de Nimes, d'Orléans, de Poitiers, de Rennes, de Riom, de *Toulouse*, Journal des arrêts, Coffinières et Chauveau—*Jurisprudence commerciale de Nantes*—Annales de Législation commerciale : Roger et Garnier—*Jurisprudence commerciale d'Aix et Marseille : Girod et Clariom*—De la Cour royale de Toulouse : Niel.

Dupin, ainé, (Profession d'Avocat) apprécie ces différents recueils, dans la seconde partie de son ouvrage qui contient un catalogue d'une bibliothèque choisie des livres de droit.

RAPPORTS DES PRÉCÉDENTS.—*House of Lords*, depuis 1694, *Privy Council*, depuis 1809, *Chancery*, depuis 1557, Rolls Court, depuis 1829, *Vice Chancellor's Courts*, depuis 1815, *King's Bench and Queen's Bench.* depuis 1163, Bail Court, depuis 1819, *Common pleas*, depuis 1486—*Exchequer*, depuis 1220—*Exchequer, Equity*, depuis 1817—*Nisi Prius*, depuis 1790—*Ecclesiastical*, depuis 1752—*Probate and Divorce*, depuis 1858—*Admiralty*,

depuis 1776—*Bankrupcy*, depuis 1810—*Railway and Canal cases*, depuis 1835—*Mercantile cases*, depuis 1828—*Election cases*, depuis 1624—Registration appeal cases, depuis 1843—*Magistrates cases*, depuis 1844—*Crown cases*, depuis 1743—*Law Reports in all Courts*, depuis 1865—*Statutes at large*, depuis 1225.

COLLECTION DE DÉCISIONS CANADIENNES.

—

Conseil Supérieur de Québec, Perrault : Extraits ou précédents tirés des registres, 1 vol.............. 1727–1759

Prévosté de Québec, Perrault : Extraits ou précédents, tirés des registres, 1 vol..................... 1726–1759

King's Bench, District of Quebec, Pike's Repts., 1 vol.. 1811

King's Bench, and appeals to privy council, Stuart's Repts. 1810–1835

Revue de Législation et Jurisprudence, par Lelièvre et Angers, 3 vols.. 1845–1848

Lower-Canada Reports, 17 vols........................... 1851–1867

Rapports de la Commission Seigneuriale : ang. et franç., 2 vols.. 1856

The Law Reporter, Ramsay and Morin, 1 vol........ 1854

The Lower-Canada Jurist Monthly, 21 vols.......... 1857–1878

Vice-Admiralty Court, Stuart's repts., 2 vols......... 1836–74

Lower-Canada Law Journal, 4 vols..................... 1865–68

La Revue Légale Sorel, (Mathieu) Mensuelle, 8 vols. 1869–1878

La Revue Critique de Législation et de Jurisprudence du Canada, 3 vols.............................. 1871–1873

Robertson's Index to all reports published in Lower-Canada, 1 vol.. 1864

Ramsay's Index to all reports published in Lower-Canada, 1 vol 1864

Lusignan : Index analytique des décisions judiciaires 1864–1872

Stephens, The Quebec Law Digest of all the reported decisions in the Province of Quebec, down the 1st January, 1 vol........................ 1877

Nous croyons de notre devoir d'indiquer à nos jeunes confrères du Barreau qu'ils trouveront chez Messieurs Delisle, Bibliothécaires, des guides aussi intelligents qu'affables pour leurs recherches à travers les ouvrages de droit qui composent la bibliothèque du Barreau, à Montréal.

B. A. T. de Montigny.

ETUDE

DE L'ARTICLE 599 DU CODE CIVIL ABROGEANT LA LOI DES PROPRES DE SUCCESSION.

Parmi les modifications faites par le Code Civil du Bas-Canada à l'économie de notre ancien droit, une des plus radicales a sans doute été celle opérée par l'article 599, ainsi conçu : " La loi ne considère ni l'origine ni la nature des " biens pour en régler la succession. Tous ensemble ils ne " forment qu'une seule et unique hérédité, qui se transmet et " se partage d'après les mêmes règles, ou suivant qu'en a or-" donné le propriétaire."

L'effet de la première disposition de cet article a été d'abolir la distinction entre les biens propres, acquets et conquets, c'est-à-dire de supprimer l'affectation des biens propres à la famille dont ils descendent, et la seconde, dans la pensée des Codificateurs, a été le complément de la liberté des testaments décrétée par le statut impérial de 1774, appelé l'Acte de Québec, confirmé par notre statut provincial de 1801. En d'autres mots, l'objet de l'article entier a été d'appliquer à la succession testamentaire et à la succession legitime, un même et unique principe d'hérédité, de retrancher du partage des successions légitimes, au cas de concours de plusieurs lignes, les préférences des parents sur les biens provenant de leur ligne, de faire des biens successifs une seule masse et de tous les successibles une seule famille, se divisant les biens par portions viriles.

L'article 599 eut donc pour effet de faire disparaître de la succession *ab intestat*, les restrictions que l'Acte de Québec et le Statut de 1801 avait effacées du testament et de soumettre la dévolution testamentaire et la transmission légitime à un même principe.

En vertu des maximes de l'ancien droit français consacrées

par la Coutume de Paris et qui sous ce rapport, devaient leur origine aux institutions féodales et à l'ambition de perpétuer la splendeur des anciennes familles, les biens patrimoniaux étaient frappés de l'incapacité d'en sortir et de passer entre des mains étrangères. Des sphères élevées du droit public, ce principe descendu dans le domaine plus modeste du droit privé, était devenu commun à toutes les classes de la société ; et pour tous les citoyens, hommes du peuple, comme hommes de noble race, seigneurs, chatelains, bourgeois ou vilains, les biens concentrés dans la famille de l'ancêtre qui les y avait mis, restaient perpétuellement affectés à sa descendance.

" Parmi les principaux caractères du droit français, (1) " (a dit ailleurs l'auteur de cette Etude), et qui l'ont séparé " profondément du droit romain, quant aux lois de propriété, " celui qui a été le plus fécond en conséquence, est *l'affecta-* " *tion des biens à la famille.* C'est lui qui a interdit l'institution " d'héritier, créé les réserves coutumières, grevé les dona- " tions entre-vifs des retranchements légitimaires, engendré " le retrait lignager et frappé les propres de succession de " l'incapacité de remonter, en interdisant leur transmission " d'une ligne à une autre.

" Ce principe que quelques auteurs disent d'origine Cel- " tique, religieusement conservé parmi les traditions natio- " nales, quand les Romains firent la conquête des Gaules, fut " une des barrières qui empêchèrent le corps du droit romain " de pénétrer dans les Provinces où il était en vigueur.

" Cette concentration des biens patrimoniaux dans la même " famille et dans la même ligne, qui, en droit féodal, avait " produit le droit d'aînesse, introduisit dans le droit commun, " une foule de restrictions gênant l'aliénation immobilière. " Ce qui a fait croire à des écrivains peu observateurs, que " les tendances du droit français étaient hostiles au mouve- " ment de la propriété. D'autres ont cru, à cause des entraves " mises à son aliénation en certains cas, et des règles obser-

(1) Commentaire sur le Code Civil du Bas-Canada.—Introduction, pages 34 et 35.

" vées pour la contrôler, qu'il s'occupait des biens avant les
" personnes.

" Double erreur causée par la confusion du but avec le
" moyen pris pour l'atteindre, et l'inattention sur les motifs
" de la loi ! Le Droit français, pas plus qu'aucun autre, n'a
" été hostile au mouvement de la propriété comme fait indif-
" férent, abstrait de sa transmission en des mains étrangères.
" Pour des raisons d'ordre public, empruntées à la constitu-
" tion même de l'État, dont l'une des bases était l'inviolabilité
" du domaine patrimonial, la loi française en perpétuait la
" descendance dans la famille, le frappant par là d'une appa-
" rente immobilité. Mais ce ne fut jamais sur l'héritage qu'elle
" porta son attention, j'aimerais à dire son affection, toujours
" conservée aux descendants de celui qui l'avait mis dans la
" famille.

" Au moyen de restrictions multipliées, établies pour la
" protection des héritiers, du droit public, ce principe conser-
" vateur est descendu dans le droit commun où, sous les
" noms de saisine héréditaire, réserves coutumières, propres
" de succession, retrait, réméré, s'attaquant en apparence à
" l'aliénation, mais obéissant en réalité à l'idée primitive
" d'empêcher la transmission des biens hors de la famille, ou
" de les y faire rentrer quand ils en étaient sortis, il a joué
" un si grand rôle."

Une des grandes pensées du Code a été de favoriser la liberté des conventions et l'indépendance des dispositions, et par suite de dégréver la transmission immobilière des restrictions que nous venons de nommer. Partout où d'anciennes traditions qu'ils ont crues surannées, apportaient des entraves au libre mouvement du sol, les Codificateurs les ont brisées, et au despotisme de la loi ils ont opposé la volonté absolue de l'homme. Ils ont cru que le meilleur protecteur de la famille était le père de famille lui-même, et que le maître des biens était le meilleur juge de leur distribution. Propriété libre aux mains d'un maître absolu ! Telle parait avoir été leur devise dans les réformes qu'ils ont opérées en cette matière, et ils

l'ont proclamée hautement. Ils n'ont pas rempli leur tâche à demi et ne se sont pas arrêtés en chemin.

Résolus de restituer au sol son indépendance primitive, ils n'ont reculé devant aucun obstacle se dressant entre leur œuvre et le but qu'ils voulaient atteindre ; ils les ont tous brisés. Le dernier texte de leur Code a été le dernier mot de leur œuvre d'affranchissement. Ce dernier texte, ils l'ont écrit sans crainte, et ce dernier mot, ils l'ont dit hardiment ! Encore une fois associée à la liberté des conventions, la liberté du sol a été l'œuvre capitale de la législation nouvelle. L'avenir seul pourra en révéler la sagesse, ou en proclamer les erreurs. Jusque-là pour la juger, la critique ne peut qu'invoquer des théories douteuses, et avoir recours à d'incertaines spéculations ; car ce n'est que par l'expérience et leur application aux actes de la vie sociale, que l'on peut juger les réformes législatives. Le temps est le juge unique du législateur et la postérité seule peut le citer devant son tribunal !

Lors de la passation de l'Acte de Québec, quatorze ans seulement après la Cession du Canada à l'Angleterre, à une époque de terreur pour la race française et de conspiration contre sa nationalité, il lui eût été difficile de dire quelles seraient les conséquences de la liberté des testaments imposée avec la restitution de ses lois. Cette liberté rompait avec les traditions de plusieurs siècles, et d'un seul trait de plume la législation qui la proclamait, effaçait des lois du pays une des pages les plus précieuses et la remplaçait par une loi étrangère. C'était surtout cette particularité qui effrayait les populations. Depuis que les Canadiens étaient devenus sujets britanniques, ils étaient menacés du corps entier des lois anglaises et de la perte des leurs. Il n'en fallait pas plus pour jeter au sein de la nation, de justes appréhensions à l'endroit de ses institutions.

On n'avait pas encore eu le temps de se rendre compte de l'opération de la loi nouvelle, quand le statut de 1801 est venu la compléter ; et ce statut enlevant la dernière restriction à la liberté de tester, fit tomber le dernier retranchement qui dé-

fendait les droits naturels de l'hérédité et les réserves coutumières.

Cependant l'heureux fonctionnement de la loi nouvelle, son adaptation à la condition du pays, et l'homogénéité de cette loi avec le droit public anglais qui était devenu forcément celui du Canada, devaient faire disparaître les alarmes, et donner raison au législateur. Tout en admettant l'utilité de cette réforme eu égard à la condition particulière du pays, on ne peut toutefois se dissimuler les côtés dangereux d'un système qui permet de préférer à la voix légitime de l'hérédité, la volonté arbitraire du père de famille, qui peut par l'effet du simple caprice, par l'emportement d'une colère aveugle, la mauvaise inspiration d'une haine imméritée ou les faveurs d'une passion injustifiable, faire sortir d'une famille des biens qui y sont demeurés pendant plusieurs siècles, et sont devenus son apanage, pour en doter des étrangers ; d'une loi qui peut élever la concubine au rang de l'épouse légitime, en l'honorant d'une institution testamentaire, faire asseoir au foyer domestique des enfants illégitimes, adultérins ou incestueux, à côté de l'enfant de la maison, et les appeler à partager le patrimoine des ancêtres avec lui ; le déshériter même ; qui en un mot, permet à l'homme de méconnaître les devoirs les plus impérieux de la paternité et de la parenté, et de fouler aux pieds les droits les plus sacrés de la nature !

Telles sont cependant les conséquences possibles de la liberté illimitée des testaments.

Qu'est cependant cette liberté de tester en dehors de la famille, comparée à un système de lois qui confond tous les biens d'une hérédité en une seule masse, abolit toute distinction entre eux, les partage également entre tous les enfants successibles, parents ou étrangers à ceux qui les ont mis dans la famille, et ce qui est pis encore, au nom de la loi, appelle en certains cas, l'étranger à l'hérédité des biens de la famille, au mépris des droits inaliénables de ceux qui la composent !

Il y a la distance qui sépare l'injustice que la loi tolère, de celle qu'elle commet, la spoliation par l'individu de la spolia-

tion légale ; il y a la distance qui sépare l'Acte de Québec de l'article 599 du Code Civil du Bas-Canada !

Pour être bien compris cet article ne doit pas être considéré isolément ; il doit être étudié en connexion avec les autres articles organiques du nouveau régime d'hérédité dont il est la base, j'aimerais à dire la clef de la voûte.

Avant de faire ce rapprochement et cette étude d'ensemble, il est pourtant important de se rappeler la loi des successions sous l'ancien régime et d'en esquisser les principaux caractères, surtout en ce qui concerne la succession des propres. Voyons d'abord ce qu'étaient les propres de succession, et leur division.

Le mot propre considéré par rapport aux successions, est tout immeuble, à nous transmis par un de nos parents par succession ou autre titre équivalent. On les appelle les propres légaux, par opposition aux propres conventionnels qui sont formés par les contrats de mariage. Les propres légaux ou de succession étaient distingués en propres naissants et propres anciens; les propres naissants étaient ceux immédiatement transmis par un parent qui les tenait à titre d'acquets. Ils étaient appelés propres naissants, parce que c'est en nos mains qu'ils commencent à être propres. On pourrait dire que c'est dans les mains du premier propriétaire qu'ils sont nés comme propres. Les propres anciens étaient ceux transmis par un parent qui les possédait lui-même comme propres.

L'on vient de dire que la transmission de l'immeuble pour lui donner la condition de propre, devait se faire par succession ou voie de succession. Les donations entre-vifs et les institutions contractuelles ou donations par contrat de mariage, de même que toute donation à cause de mort, formaient ce titre équivalent à succession.

Les propres paternels étaient ceux venant d'un parent du côté paternel, et les propres maternels, ceux venus d'un parent du côté maternel. Cette distinction recevait son effet quand il s'agissait de l'application de la règle, *paterna paternis*, *materna maternis*.

Les propres de ligne étaient suivant Pothier, " ceux qui

étaient affectés aux parents d'un seul côté." Le même auteur dit qu'on appelle propres sans ligne " les propres naissants qui " me viennent de la succession d'une personne qui m'était pa- " rente tant du côté de mon père que du côté de ma mère. Ils " sont appelés sans ligne, ajoute-t-il, parce qu'ils ne sont pas " plus affectés à une ligne qu'à l'autre, à un côté qu'à l'autre."

" Les immeubles" dit le Répertoire de Jurisprudence, vo. Propres, " sont dans toutes les Coutumes, hors celle de Nor- " mandie, les seuls biens qui puissent recevoir l'impression " de la qualité des propres légaux. On en sent la raison ; nos " ancêtres n'ont établi l'usage des propres, que pour conserver " les biens dans les familles ; il a donc fallu restreindre cet " usage aux immeubles ; car les meubles ne sont pas de na- " ture à être conservés longtepms, ni assez précieux pour mé- " riter qu'on prenne soin d'en rechercher l'origine dans une " ligne plutôt que dans une autre. De là, cette disposition de " la Coutume de Lille, tit. I, art. 9 : " *Biens meubles ne tiennent* " *coste ni ligne.*" " Loysel en a fait une de ses règles de droit " coutumier."

C'est dans l'application de la règle fameuse ci-haut citée, *paterna paternis*, *materna maternis*, que se trouve la théorie de la succession des propres.

La première disposition de la Coutume de Paris, relative aux propres de succession, se trouve dans l'article 293, qui dit : " Pour tester des meubles acquets et conquets immeubles, il " faut avoir accompli l'âge de 20 ans, et pour tester du quint " des propres, il faut avoir accompli l'âge de 25 ans."

La raison pour laquelle sous cette Coutume on pouvait disposer librement de tous biens, meubles, acquets et conquets immeubles, et non pas de ses propres, est ainsi donnée par Faber : *In prœm. instit. quia illud quod est per acquisitionem, magis est nostrum, quàm illud quod obvenit ex parentum successione*, " parce que ce que nous avons acquis est plus à nous, que ce " qui vient de la succession de nos parents." Le maître des propres n'en était donc pas à certains égards, considéré comme le propriétaire absolu. Il n'avait certainement pas le droit d'en disposer librement par testament. La loi restreignait son pou-

voir de disposition à un quint de ses propres, et encore fallait-il que le testateur n'eût pas d'enfants, car s'il en avait, sa disposition était sujette à leur légitime *salvâ legitimâ*, suivant l'article 298, qui la fixait à la moitié de ce que chaque enfant eût eu dans la succession *ab intestat* de son père.

Il est à remarquer que cet article 293 et l'article 298 sont sans valeur pour nous, (ce que d'ailleurs nous aurons occasion de dire pour plusieurs autres), et qu'ils ne sont cités ici, que parce que dans l'ancien droit ils faisaient partie de la loi des propres, et que dans la chaîne qui tenait ces propres assujettis aux réserves des parents du testateur, ces articles faisaient un anneau, dont la solution eut brisé la continuité de tout le système. L'Acte de Québec et le Statut de 1801, ont abrogé en entier l'article 293, en décrétant la liberté de tester de tous biens, et en partie l'article 298, dont il n'a conservé la règle que par rapport aux retranchements de la légitime sur les donations entre-vifs. La légitime n'a plus depuis produit de retranchement sur les dispositions testamentaires.

Le premier article du titre de succession, article 299 de la Coutume portait : " Institution d'héritier n'a lieu, *c'est-à-dire* " *qu'elle n'est requise et nécessaire pour la validité du testa-* " *ment ; mais ne laisse de valoir la disposition jusques à la* " *quantité des biens dont le testateur peut valablement disposer* " *par la Coutume.*"

Contre la disposition du Droit Romain, le droit coutumier n'admettait point d'institution d'héritier. La Coutume elle-même faisait le choix des héritiers ; choix qu'elle refusait à la disposition de l'homme. Cette nullité de l'institution n'était cependant pas absolue ; elle valait pour tous les biens dont le testateur avait la disposition, c'est-à-dire pour les biens meubles, acquets et conquets immeubles et le quint des propres, sauf toutefois les retranchements de la légitime, *salvâ legitimâ.*

En vertu des articles 292, 293, 297 et 299 combinés, un homme pouvait disposer par testament en faveur de qui bon lui semblait, pouvu que ce fût une personne capable de recevoir *au profit de personnes capables*, dit l'article 292, de tous ses biens, meubles acquets et conquets immeubles et de la

cinquième partie de ses propres *et non plus avant*, ajoute l'article. Quant aux quatre cinquièmes des propres restant, il n'en pouvait jamais disposer. La Coutume en avait assuré la dévolution à certains héritiers qu'il n'était pas au pouvoir du testateur de dépouiller ; le cas de l'exhérédation excepté. Pour les biens disponibles, c'est-à-dire ses meubles acquets et conquets immeubles, il pouvait en tester mais à la charge de la légitime qu'avaient le droit de réclamer ses enfants et petits-enfants, et qui consistait en la moitié de ce qu'ils auraient eue dans ces biens là, le père étant mort *intestat;* hormis toujours le cas d'exhérédation pour les collatéraux. Les ascendants et collatéraux, au cas de mort du testateur sans enfants, ne pouvaient pas plus que ces derniers être privés de leurs parts dans les biens propres dont la loi les avait fait héritiers, mais ils n'avaient en général aucun droit de légitime sur les biens disponibles dont le testateur avait disposé. Des circonstances particulières pouvaient cependant donner ouverture à ce droit en certain cas.

Par les articles 302 et 303 les enfants d'un défunt viennent à sa succession également, et nul ne peut par testament, être avantagé plus que les autres. A défaut de descendants les ascendants succédaient aux biens meubles acquets et conquets du défunt par parts égales, en cas de survie de l'ayeul et de l'ayeule, et dans le cas de survie de l'un d'eux, le survivant succédait pour le tout. S'il y avait un ayeul et une ayeule dans chaque ligne, le partage se faisait également entre les deux lignes, et s'il y avait un ayeul et une ayeule dans une ligne, et un seul dans l'autre, le survivant dans une ligne héritait de la moitié, et l'autre moitié passait à l'autre ligne, ou elle était sujette à une subdivision par moitié.

En vertu de la règle "le mort saisit le vif, *son hoir plus proche et plus habile à succéder*" proclamée par l'article 318 le principe de l'hérédité reposait dans la proximité du sang, c'est-à-dire que c'était le parent du degré le plus rapproché qui héritait. Ce principe souffrait cependant une exception relativement aux collatéraux dans la succession des propres. Là, ce n'était plus le parent le plus proche par le sang qui héritait,

mais c'était le parent quoique accidentellement en degré plus éloigné, qui appartenait à la famille descendant de celui qui y avait mis le propre. Un homme par exemple mourait, laissant dans sa succession un propre venant de sa mère et pour ses héritiers naturels, un cousin germain paternel et un cousin issu de germain maternel. C'eut été le cousin issu de germain maternel, petit-neveu de la mère, auteur du propre qui en aurait hérité, à l'exclusion du cousin germain paternel du défunt plus rapproché d'un degré.

Telle était la conséquence de l'article 326, affectant généralement les propres à la famille dont ils descendaient et ainsi conçu : " Et quant aux propres héritages, leur succèdent les " parents qui sont les plus proches du côté et ligne dont sont " advenus et échus au défunt les dits héritages, encore qu'ils " ne soient plus proches parents du défunt."

Il y avait donc dans l'ancien droit des héritiers de deux sortes, les héritiers aux meubles acquets et conquets immeubles que nous appellerons simplement héritiers aux meubles, et que l'on pourrait mieux appeler les héritiers des biens disponibles. Pour ce qui est des meubles acquets et conquets immeubles, de même que la cinquième partie des propres, le testateur pouvait, sauf les retranchements de la légitime dans les cas où elle avait lieu, les léguer en dehors de sa famille, et à qui bon lui semblait. Il en était autrement des propres et de leurs héritiers. Le testateur ne pouvait jamais les faire sortir de sa famille et de la ligne dont ils étaient issus, tant qu'il restait un seul parent. Il ne le pouvait même pas par l'héréditation. Cette exhérédation pouvait frapper individuellement les successibles aux propres, mais des exhérédés, l'hérédité passait aux autres parents de la ligne, et parcourait ainsi toute la famille. Nulle institution en faveur des étrangers n'était valide.

Pour ce qui était de la succession directe suivant l'article 312 " propre héritage ne remonte" *et n'y succèdent les père et mère, ayeul ou ayeule.* " Le sens de cet article est que les père " et mère et autres ascendans ne succèdent point dans les hé- " ritages de leurs enfants décédés, qui, leur étaient propres " d'une autre ligne. Par exemple, le père ne succède pas à son

" enfant décédé dans les propres maternels, ni la mère dans les
" propres paternels, parce que ce serait contre la règle *paterna*
" *paternis, materna maternis*, laquelle a été introduite par nos
" Coutumes pour conserver dans les familles les biens qui en
" viennent, et qui sont échus à ceux qui décèdent sans en-
" fants," dit Ferrière sur l'article 312 suscité.

Cette règle souffrait trois exceptions. La première était lors que les père et mère et autres ascendants étaient de l'estoc et ligne dont étaient échus les héritages ; auquel cas le survivant des père et mère qui était de la ligne y succédait à l'exclusion des frères et sœurs, et oncles et tantes de l'enfant décédé.

La deuxième était lors que les parents de la ligne manquaient ; auquel cas les père et mère succédaient comme plus proches parents du défunt.

La troisième était, lorsqu'un des futurs conjoints avait donné quelque héritage à l'autre par contrat de mariage ; qu'après le décès du donataire, l'héritage avait passé aux enfants et qu'ils décédaient tous avant le donateur ; en ce cas le donateur succédait en cet héritage au dernier mourant des enfants, quoiqu'il eut été propre aux enfants du côté du donataire par la succession duquel il leur était échu.

Après cette disposition de l'article 312, sujet aux exceptions ci-haut, l'article 313 ajoute : " Toutefois succèdent ès choses
" par eux données à leurs enfants décédant sans enfants et
" descendants d'eux."

Cet article introduisant le droit de retour aux père et mère des choses données à leurs enfants mourant sans postérité, constituait une exception notable à la règle que les propres ne remontaient pas, exception dont on ne pourrait pas méconnaître la justesse.

T. J. J. LORANGER.

(*A continuer.*)

LA THÉMIS

REVUE DE LÉGISLATION, DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE.

RÉDIGÉE PAR

L'HON. T. J. J. LORANGER.
B. A. T. DE MONTIGNY, Avocat.
E. LEF. DE BELLEFEUILLE, Avocat.
CHS. C. DE LORIMIER, Avocat.
EDOUARD A. BEAUDRY, Notaire.
JOSEPH DESROSIERS, Avocat.

VOL. I. MARS 1879. No. 2.

ETUDE

DE L'ARTICLE 599 DU CODE CIVIL ABROGEANT LA LOI DES PROPRES DE SUCCESSION.

(*Suite.*)

Nous avons vu jusqu'ici les propres invariablement affectés à la famille et à la ligne dont ils sortaient. Il était cependant une modification apportée à cette règle. C'est qu'en cas d'extinction de la ligne, et de défaut de parents successibles dans cette ligne, l'héritage retournait aux parents de l'autre ligne par proximité de degrés. C'est ce que dit l'article 330 : " Et " s'il n'y a aucuns héritiers du côté et ligne dont sont venus " les héritages, ils vont au plus prochain et habile à succéder " de l'autre côté et ligne, en quelque degré que ce soit."

Cette modification apportée à l'affectation des propres de ligne, produisait des conséquences plus considérables qu'on ne serait porté à le croire à première vue. C'était avec la faculté de tester librement de la cinquième partie des propres, le seul moyen d'obvier à l'immobilité complète des immeubles transmis par succession la voie la plus ordinaire de transmission de la propriété foncière, et de leur concentration dans les mêmes mains. Car que l'on remarque que cette concentration des biens dans les familles aurait produit une espèce de subs-

titution à l'infini. Cette substitution n'était pas permise aux termes du droit français. Dans le principe, elle n'était pas prohibée, mais des Ordonnances comparativement peu anciennes avaient restreint toute substitution, tant directe que fidéicommissaire à deux degrés, sans compter l'institué et il n'y avait pas de substitution légale ou ordonnée par la loi en France, à la différence d'autres pays européens, l'Angleterre par exemple, où la féodalité avait poussé des racines encore plus profondes et s'était incarnée davantage dans la loi des successions.

Il n'est pas ici question de faire une comparaison entre la loi française à cet égard et la loi d'Angleterre. Quelque ait été la ressemblance de ces deux lois dans l'origine et leur homogénéité avec le principe, qui, né de la perpétuité des fiefs et de leur hérédité, de temporaires et viagers qu'ils étaient, à une époque où ils étaient connus sous le nom de simples bénéfices, non seulement en France, mais dans l'Europe entière, les avait constitués en propriété absolue et rendus héréditaires, sous la condition de rester perpétuellement dans la descendance du seigneur ; il est certain que ce principe de concentration absolue avait perdu de sa rigueur en France et qu'il s'y était considérablement modifié. Toutefois avant la Révolution, l'aliénation absolue de la terre noble n'était pas encore permise, et quoique le jeu des fiefs fut loisible, le démembrement en était encore prohibé.

Cette matière du jeu des fiefs distingué de leur démembrement, demande des explications pour comprendre à fond la tenure immobilière en France, et la portée exacte de l'article qui fait l'objet de cette dissertation.

La matière des fiefs a toujours été non-seulement en France mais en Allemagne, en Italie, et dans toute l'Europe féodale, hérissée de graves difficultés. Le démembrement et le jeu de fief surtout étaient peut-être les parties les plus épineuses de la jurisprudence. Guyot les appelle : *un labyrinthe inextricable, une mer immense, qui fait reculer en arrière tous ceux qui s'y veulent embarquer.*

L'intelligence de ces matières est cependant nécessaire

pour compléter la connaissance des lois de propriété en France et à cause de leur étroite liaison avec les lois de succession qui renfermaient un principe commun à toutes les hérédités, même à celle de la Couronne. Cette connaissance est ainsi devenue indispensable à la poursuite de la présente Etude, et à ce titre, il nous faut nous embarquer sur *cette mer immense* et pénétrer dans ce *labyrinthe inextricable !*

Avant de le faire, il convient toutefois de reprendre le sujet des propres inaliénables hors de la famille pour plus d'un cinquième, par succession ou titre équivalent. La Coutume ayant restreint cette inaliénabilité à ces titres, il s'ensuivait que les propres étaient pour le total aliénables et transmissibles aux mains des étrangers à titre singulier. Ainsi le propriétaire d'un propre ne pouvait en tester en faveur d'un étranger pour plus d'un cinquième, mais il pouvait le vendre, l'échanger ou le donner en paiement pour le tout en faveur de qui lui plaisait. Cette liberté d'aliéner les propres par actes entre-vifs, jointe à la liberté des legs pour un cinquième, était un autre obstacle qui empêchait l'inaliénabilité par actes à cause de mort, de produire les effets d'une substitution à l'infini.

Ce qui vient d'être dit de l'aliénabilité absolue des propres par actes entre-vifs, ne doit cependant s'entendre que des biens tenus en roture ; car pour les biens nobles ou tenus en fief, l'aliénation par ces mêmes titres, n'en était pas permise d'une manière illimitée. Ici se présente l'occasion, la nécessité même d'entrer dans les explications ci-haut annoncées sur la matière des fiefs, matière liée aux lois du Bas Canada, parceque jusqu'en 1855, la tenure féodale, quoique bien mitigée et adaptée à la condition du pays, y était en vigueur. Ces explications sont d'autant plus nécessaires, que depuis l'abolition du régime seigneurial, les principes qui y avaient rapport sont moins connus, et sont plutôt restés à l'état de tradition légale qu'à celui de connaissances pratiques. Les anciens praticiens en ont seuls un souvenir distinct.

Sous l'ancien régime et jusqu'à l'abolition de la féodalité et des justices seigneuriales en France, par les lois du 4 août

1789, toutes les terres étaient seigneuriales. *Nulle terre sans seigneur* était une maxime universelle appliquée à tous les héritages. L'origine des fiefs est incertaine et si on en croyait l'opinion sans doute exagérée de certains auteurs, la féodalité serait presque aussi ancienne que le monde. Ce qui est certain, c'est que sous la première race des rois de France, les fiefs n'étaient donnés qu'en usufruit, mais qu'ils commencèrent à être patrimoniaux sous Charles le Simple. Ils furent dès lors, considérés comme propriété absolue, bien que l'hérédité en différât de celle des autres héritages, frappée qu'elle fut dès l'origine du droit de masculinité, qu'elle le devint ensuite de celui de primogéniture, et resta toujours sujette à des distinctions entre les successions directes et les successions collatérales, distinctions dont les autres biens n'étaient pas susceptibles.

Quoique les opinions des auteurs diffèrent sur l'origine des fiefs et que des systèmes divers aient été formés à ce sujet, en particulier par le Président Montesquieu, l'Abbé de Mably et l'Abbé Dubos, il est cependant des principes fondamentaux qui ont rallié l'assentiment commun des feudistes et des jurisconsultes.

Il est certain que l'origine du système féodal qui tient une si vaste place dans l'histoire des institutions en France, et qui a exercé une si grande influence sur la constitution de l'Etat, vient de la conquête faite par les Francs, de ce royaume dans le sixième siècle. Après s'être emparé des Gaules, les Francs venus de la Germanie, et dominés comme tous les Germains, par la passion de la conquête et par l'instinct de la spoliation, s'emparèrent des biens, des femmes, des enfants et des trésors des Gaulois vaincus. Ils firent du tout un énorme butin qui tomba au pouvoir de leurs chefs, lesquels partagèrent les terres des vaincus entre leurs compagnons ou fidèles appelés *leudes*. Ces terres ou ces concessions furent appelées originairement des bénéfices. Les guerriers n'eurent point seuls part au partage. Le clergé fut aussi largement gratifié de ces bénéfices. Ces concessions faites en usufruit étaient d'abord amovibles, et ne duraient que sous le bon plaisir du concédant. Elles

devinrent graduellement viagères et par la suite perpétuelles et héréditaires.

L'historique de ces mutations de tenure, et l'émancipation graduelle des droits des concessionnaires, qui de simples usufruitiers révocables à volonté, devinrent usufruitiers à vie, puis propriétaires et maîtres absolus des terres concédées avec faculté de les transmettre dans leurs patrimoines à titres successifs, tient à une progression d'idées, et à une filiation de principes qui n'ont point leur place ici et sont du domaine de l'Histoire.

Ce qu'il importe de connaître, ce sont les règles qui régissaient la transmission de ces biens. Comme ces terres d'une vaste étendue et en grande partie non encore défrichées, auraient été improductives dans les mains des premiers propriétaires, s'ils n'avaient eu le pouvoir de les concéder à des conditions lucratives, ces concessionnaires reçurent d'abord ou s'arrogèrent bientôt ce pouvoir. La terre originairement concédée, quelle qu'en fut l'étendue, s'appela fief, mot probablement dérivé du terme latin *fides fidélité*, parceque les premières concessions furent faites à la charge par le concessionnaire d'être fidèle à son bienfaiteur, et de le suivre à la guerre. Les concessionnaires d'un chef étaient pour cela appelés ses fidèles, ses *leudes*, d'un terme germain ayant cette signification. Ils devinrent bientôt connus sous le nom de Seigneurs, et leurs terres furent elles-mêmes appelés fiefs ou seigneuries et la concession elle-même fut dite faite en fief. Le chef concédant s'appelait du même nom de seigneur, mais pour les distinguer l'un de l'autre le concessionnaire fut appelé son vassal. L'obligation de prêter serment de fidélité et de prêter foi et hommage à son seigneur, fut de la part du vassal une des obligations primordiales du contrat et devint de l'essence même du fief. Cette obligation n'excluait pas la stipulation de services ou autres redevances, mais ces charges additionnelles n'étaient que de la nature du fief et non de son essence.

On peut définir le fief " toute chose immobilière ou réputée telle transmise à quelqu'un, à la charge par le transmissionnaire de porter foi et hommage au transmettant," c'est-à-dire à la charge de fidélité et d'autres services, qui n'étaient cepen-

dant point, comme il vient d'être dit, de l'essence de la transmission, mais qui dépendaient de la convention. Le seigneur ne transmettait cependant pas à son vassal le domaine direct du fief qu'il gardait par devers lui ; il ne lui en concédait que le domaine utile. La foi et hommage et les services que devait le vassal à son seigneur, étaient le signe permanent de l'éminence de ce domaine direct resté en la personne du seigneur.

De son côté, le vassal pouvait faire des sous-concessions du fief, mais elles devaient se faire également à la charge de rétention du domaine direct et de fidélité ou foi et hommage de la part des sous-concessionnaires en faveur de leur concédant, qui devenaient alors les seigneurs de ces derniers devenus leur vassal. Le nouveau vassal devenait alors l'arrière-vassal du premier seigneur et son fief par rapport à ce premier seigneur, qui prenait alors le titre de suzerain, devenait un arrière-fief. La seigneurie primitive de ce suzerain devenait alors la seigneurie dominante et s'appelait fief dominant, par rapport au second fief qui s'appelait fief servant, ou fief devant des services. Le domaine direct gardé par l'arrière-seigneur ou suzerain, s'appelait le domaine éminent, par distinction du domaine direct du premier concessionnaire sur l'arrière-fief.

Ces sous-concessions pouvaient se faire indéfiniment, mais toujours avec retention du domaine direct, par le seigneur subséquent à l'arrière-vassal, qui ne recevait que le domaine utile, et à la charge de la foi et hommage ou de fidélité de la part de cet arrière-vassal à son seigneur immédiat, de même qu'au suzerain. Originairement, les services étaient des services militaires et la fidélité obligeait le vassal à suivre son seigneur à la guerre, mais comme ce même engagement pesait sur tous les vassaux, il s'en suivait que tous les vassaux, devenus arrière-vassaux du suzerain, devaient marcher sous son drapeau. De là, cette mention si commune dans l'histoire du moyen-âge de l'appel sous le drapeau des vassaux et arrière-vassaux, connu sous les termes de convocation du ban et arrière-ban des vassaux.

La féodalité formait donc une chaîne non interrompue,

chaque concession formait un anneau, dont le premier était le seigneur suzerain, et le dernier, le dernier arrière-vassal.

La même nécessité qui avait produit les sous-concessions en fief, engendra aussi une autre espèce de concession, la concession dite en censive.

Les terres concédées en fief ou inféodées, car toute concession en fief s'appelait inféodation, étant trop vastes pour être cultivées par le seigneur lui-même, le seul mode praticable pour en retirer du profit, fut de les morceler par portions susceptibles de culture par un même propriétaire, et de les concéder à rente. Par cette concession distincte de l'inféodation, le seigneur de même que dans l'inféodation, retenait le domaine direct et ne concédait que le domaine utile. Comme dans l'inféodation la foi ou fidélité ou la prestation de cette foi, par un acte appelé foi et hommage, était le signe représentatif du domaine direct, dans la concession à rente un *cens* était stipulé pour représenter ce même domaine retenu par le seigneur. Cette concession à rente et avec stipulation du cens qui était de l'essence du contrat, était connue sous le nom d'accensement, bail à rente censuelle ou concession en censive. On l'appelait aussi roture et les concessionnaires, tenanciers ou censitaires, étaient appelés roturiers, des termes latins *rupto ruptor*, dérivant du verbe *rumpere* participe *ruptus*, briser, rompre, parceque, pour cultiver le sol, ils étaient obligés de le *rompre*, de le briser.

On saisit toutefois ce qu'il y a de spéculatif dans les étymologies de ce genre !

Fief et *censive*, *inféodation*, *accensement*, *foi* et *cens*, voilà donc les mots qui représentent les deux tenures du régime seigneurial, la tenure féodale proprement dite et la tenure en censive ou en roture.

De la tenure féodale proprement dite est sortie la noblesse de France, et de la tenure en censive sont sortis les roturiers. Les possesseurs de fiefs étaient les nobles qu'ils fussent suzerains ou vassaux et tous les possesseurs de censive étaient roturiers. Des rapports de l'homme avec la terre naquirent les

rapports des hommes entre eux et la distinction des classes ou castes entre elles. C'est à ce point de vue, que l'on a pu dire avec vérité, que sous le régime seigneurial, *l'homme ne possédait pas la terre, mais qu'il en était possédée.*

" Le droit commun de la féodalité," dit Laferrière, dans son Histoire du Droit Français, tome 4, liv. 6, chap. 1, section 2, pages 469 et 470, " a pour fondement le rapport de la terre " avec l'homme, et la correspondance de condition entre les " personnes et les choses. Cette loi des rapports réciproques " de la terre et de l'homme forme dans le droit féodal le prin- " cipe d'unité."

" Dans la seconde période, où le mouvement social se fait " sentir de toutes parts, la terre apparait avec la distinction " nouvelle et fondamentale du *Fief* et de la *Censive*, l'homme " avec la distinction correspondante d'*Homme Noble* et d'*Homme* " *Roturier*. Dès lors, dans la diversité de leurs classes, les vas- " saux eurent deux manières de dépendre d'un même sei- " gneur : les uns relevaient à *foi et hommage*, les autres à " *Cens*."

" Mais peu importait que la seigneurie eût ou non les deux " qualifications de féodale ou de censive. Dans les deux terri- " toires, dans les deux systèmes de qualification, dans toute la " sphère féodale qui embrassait les pays de droit écrit comme " les pays de droit coutumier, les institutions et les droits de " la féodalité avaient toujours pour base *le Fief et la Censive*, " et dans le droit commun de la féodalité civile, il y avait tou- " jours deux lois correspondantes, la *Loi Noble* ou celle des " seigneurs ou des vassaux possédant fiefs ; et la loi *Roturière*, " ou celle des censitaires, des roturiers, des coutumiers."

" Plus loin : Le caractère distinctif qui domine la propriété " dans le système féodal, c'est que les concessionnaires à titre " de *fief* ou de *censive* n'ont qu'un droit de propriété limité " dans son exercice. Les seigneurs supérieurs ou suzerains " ne conservent ni ne délèguent la plénitude de propriété ; le " pouvoir seigneurial plane sur les terres avec un signe perma- " nent de souveraineté et constitue au-dessus de la propriété " des fiefs et des censives un domaine éminent."

Il était une troisième tenure, la tenure allodiale ou de franc alleu, car toutes les terres n'avaient pas été concédées originairement en fief ou en censive. Il en était dont les particuliers après la conquête de la Gaule s'étaient emparé sans sous-concession de personne, et qu'ils avaient transmises à leurs descendants, franches et libres de tout hommage et de tout cens, libres de toutes redevances seigneuriales. Le mot *alleu* dérivé de la langue celtique veut dire *franc-libre.* On conçoit là tout de suite la supériorité de cette tenure dégagée de toute charge sur les deux autres. Cependant, comme c'était la terre qui distinguait la classe du possesseur et qu'il n'y avait que la terre tenue en fief ou inféodée qui fut noble, beaucoup de propriétaires d'alleux obtinrent, au moyen d'un droit de finance payé au seigneur, appelé droit de *franc fief*, le privilége de posséder noblement leurs alleux. Il y eut donc des alleux nobles et des alleux roturiers.

Pour compléter ces notions, lisons le résumé suivant des principes propres au système seigneurial, féodal, censuel et allodial, fait par l'auteur du Nouveau Commentaire sur la Coutume de Paris, Claude de Ferrière, appelé communément le Petit Coutumier, par distinction de son Grand Commentaire, sur le même sujet, et que l'on appelle le Grand Coutumier, pages 5, 6 et 7.

" Avant que de venir à la définition, à la nature et aux espèces de Fief, il faut observer que les héritages se divisent en deux espèces dans la Coutume de Paris ; les uns sont possédés noblement, et les autres roturièrement.

Les héritages possédés noblement sont les Fiefs et les Francs-alleus nobles : les héritages possédés roturièrement sont les héritages tenus à cens ou censive, ou autre droit, comme de champart, ou autre semblable ; et les francs-alleus roturiers.

La qualité et la nature des biens féodaux est bien différente de celle des héritages roturiers, et ils se règlent par des maximes toutes différentes.

Fief est un héritage tenu et possédé à condition de la foi et hommage, et de certains droits payables ordinairement, par les nouveaux possesseurs et détenteurs, aux Seigneurs desquels ils relèvent, et qui sont le quint et le relief.

Ceux qui sont propriétaires de tels héritages sont appelés Vassaux, c'est-à-dire sujets.

De cette définition il s'ensuit que la foi et hommage, est de l'essence et de la substance du Fief, ce qui n'empêche pas que par convention faite avec les Seigneurs, les Vassaux n'en soient déchargés, ce qui est assez fréquent dans les Coutumes d'Anjou, Touraine et autres, où les hommages sont abonnés.

C'est de la foi et hommage que les Fiefs ont été ainsi appelés, *quasi à fide seu fidelitate.*

Les Fiefs reçoivent plusieurs divisions.

La première se fait en Fief corporel et Fief incorporel.

Le Fief corporel est celui qui consiste en héritage tenu à foi et hommage ; et le Fief incorporel consiste dans un droit tenu à foi et hommage, comme un cens, un office fieffé, ou une rente féodale.

Avant la réformation de la Coutume, un Vassal pouvait de son Fief en faire un Fief en l'air ; par exemple, celui qui avait vingt arpents en Fief, pouvait les donner tous à quelqu'un, à la charge envers lui de la foi et hommage, ou d'un certain cens ; et par ce moyen il ne se réservait qu'un droit direct qui était incorporel : mais par l'article 51, de la nouvelle Coutume, on ne peut aliéner que les deux tiers, en se réservant un droit domanial et seigneurial sur la partie aliénée.

La deuxième division des Fiefs se fait en Fiefs nobles et Fiefs non nobles ; les Fiefs nobles sont ceux qui ne peuvent être possédés que par gens nobles ; et les non nobles peuvent être possédés par les roturiers.

Tous les Fiefs sont nobles en France, et il n'y a que les nobles qui les puissent posséder, c'est pourquoi on les appelle francs-Fiefs, parceque ceux qui les possèdent sont francs et exempts des Tailles, Aides, subsides, et autres charges auxquelles les roturiers sont sujets, contribuables et cotisables.

La nécessité de l'Etat a obligé les Rois de permettre aux Roturiers d'acquérir et posséder des Fiefs et autres biens nobles, en payant par eux une certaine finance, qui a été appelée le droit de franc-Fief, dont il y a un grand traité dans les œuvres de Bacquet."

T. J. J. LORANGER.

(*A continuer.*)

QUESTION NOTABLE

D'USUFRUIT ET DE DÉCRET JUDICIAIRE.

Dans le terme de juin 1874, la Cour d'Appel a dans une cause mue entre les nommés Lavigne Appelant et McNider Intimé, jugé une question nouvelle en ce pays, et qui s'est rarement présentée devant les tribunaux français, si elle y a été du·tout agitée *in terminis* et dans des conditions d'identité avec la présente.

La Cour a jugé, à la majorité des opinions, qu'un décret fait sur l'usufruitier pour une dette autre que celle du *de cujus*, ne purge pas les droits du nu propriétaire, et n'a de valeur que quant à la transmission des droits de l'usufruitier. Ce jugement fondé sur le principe que l'usufruitier ne possède qu'à titre précaire, et n'est pas aux yeux de la loi, un possesseur sur lequel l'expropriation judiciaire peut se faire, implique des conséquences fort graves en droit et mérite de la part de la Rédaction une étude particulière.

Cependant comme il n'a pas encore été publié, nous devons au préalable, en faire le rapport *in extenso* et tel qu'il a été prononcé par l'honorable Juge Loranger, (1) qui en cette occasion a été l'organe du tribunal.

Janet Finlay, veuve de Robert Aird, fit son testament le 16 avril 1832, devant Crawford et son confrère, notaires. Elle avait un fils portant le nom de son père Robert Aird le mari de la testatrice, quatre petits-fils issus du mariage de Rosanna Aird, sa fille défunte, avec Adam Lymburn McNider, savoir : Adam Robert McNider, George Marklard McNider, William McNider, John McNider, et des petites-filles issues du même mariage. Par son testament elle institua son fils Robert Aird légataire à titre universel de ses biens mobiliers, et quant à

(1) Les autres juges étaient les Honorables Taschereau *dissentiens*, Ramsay et Sanborn.

ses biens immobiliers situés à la Côte Ste. Catherine, dans la paroissede Montréal, elle les légua à Adam Robert McNider, Intimé, pourles avoir et posséder (*to have and to hold*, dit le testament fait en langue anglaise) sa vie durante, et, à son décès, à son ou ses enfants nés en légitime mariage, et aux héritiers de son ou ses enfants, absolument et pour toujours (*absolutely and for ever*) ; attribution du total au cas d'un seul enfant, et le partage par parts égales dans le cas de plusieurs ; au cas du décès d'Adam Robert McNider sans enfants légitimes, ou au cas de mort de ses enfants avant leur âge de majorité, chacun des trois autres McNider nommés dans l'ordre ci-haut mentionné et leurs enfants et petits-enfants devaient recueillir le legs, à des termes et conditions exactement identiques à ceux imposés au legs fait au premier ; en cas de mort de chacun des légataires sans enfants, ou de mort de ses enfants sans enfants légitimes et au cas de caducité du legs graduel par le décès des mâles sans laisser d'enfants, les filles et leurs héritiers devaient recueillir le legs par parts égales, pourvu néanmoins, et c'est, dit le testament, ma volonté et intention, nonobstant toute chose à ce contraire, que mon gendre Adam Lymburn McNider, et mon fils, Robert Aird, aient l'usage, l'usufruit et la jouissance des biens légués leur vie durante avec droit de survie, " provided nevertheless and it is my will and " intention, anything therein contained to the contrary not- " withstanding, that my son-in-law, the said Adam Lymburn " McNider and my son Robert Aird, shall have and be entitled " to the use, usufruct and enjoyment of the aforesaid real pro- " perty, immediately from and after my decease, for and " during the term of their natural lives as joint tenants, with " right ofsurvivorship and not as tenants in common."

Au décès de la testatrice, Robert Aird son fils prit possession de tous ses biens meubles, et, conjointement avec Adam Lymburne McNider, des immeubles, et le 31 mai 1861, Adam Lymburne McNider étant décédé, Robert Aird, resté seul en possession, donna aux seigneurs de Montréal une reconnaissance ou obligation pour £50. 9. 6 pour lods et ventes et cens et rentes, £47. 13. 1 étant pour lods et ventes devenus dus en

1819, 1820 et 1822, et par conséquent prescrits, et la balance, c'est-à-dire £2. 16. 5, pour quarante années de cens et rentes dont la dernière était échue en 1859. Sur cette obligation les seigneurs obtinrent un jugement en vertu duquel ils firent décréter sur Aird un des immeubles compris dans le legs, lequel fut adjugé à Thomas R. Johnson, qui le revendit à l'Appelant, contre lequel l'Intimé Adam Robert McNider, mentionné en premier lieu dans le testament ci-haut, l'a revendiqué par action pétitoire intentée après le décès de Robert Aird, arrivé le 2 octobre 1867.

L'Appelant, Défendeur en première instance, a plaidé trois moyens : 1o. Le défaut de publication du testament ; 2o. la validité du titre de son vendeur Johnson, adjudicataire au décret ; 3o. la qualité d'héritier de Robert Aird en la personne de l'Intimé et sa responsabilité comme son garant du décret.

L'Intimé, en réponse, a invoqué l'enregistrement du testament fait le 24 octobre 1844 au Bureau des Hypothèques ; la nullité du décret fait sur Robert Aird, qui n'était que l'usufruitier du bien décrété pour sa propre dette, créée par une reconnaissance d'une dette de la testatrice, prescrite à l'exception d'une portion insignifiante de la somme totale, c'est-à-dire de $1.40.

La Cour de première instance ayant maintenu l'action, la seule question qui se soulève sur l'Appel interjeté par le Défendeur, a rapport à la valeur du décret fait sur Robert Aird. Il est évident que si le décret a eu l'effet de purger le droit de l'Appelant, le jugement est erroné, et que dans le cas contraire il doit être confirmé. Ce jugement est basé sur trois motifs : 1o. Il déclare contre l'Appelant, qui soutenait que Robert Aird et Adam Lymburne McNider avaient été appelés à recueillir le legs comme grevés de substitution, que ces deux personnes n'étaient que des usufruitiers, et que le premier appelé était l'Intimé à charge de restitution à ses enfants, et à son défaut et au défaut de ses enfants, à ses frères et sœurs dans l'ordre indiqué au testament ; 2o. que l'enregistrement fait le 24 octobre 1844, sous les dispositions de l'acte 18 Vict., ch. 101, était valable et avait eu l'effet de donner publicité à la substi-

tution, et 3o. que le décret fait sur Robert Aird, simple usufruitier, avait été invalide et ne soutenait pas les droits de propriété de l'Appelant.

La contre-partie de ce jugement se trouve dans le système de l'Appelant, qui traite comme grevé de substitution Robert Aird sur lequel l'immeuble a été décrété, sans que cette substitution, qui n'a pas été publiée, puisse être invoquée contre les tiers, et l'Appelant en est un. Le décret fait sur le grevé de substitution est valide, en thèse générale, contre les appelés si cette substitution n'a pas été publiée, mais il l'est toujours contre le grevé, surtout quand il l'est pour les dettes du testateur comme dans l'espèce actuelle. Si Aird n'était qu'un usufruitier, l'Intimé, par le décès de la testatrice, est devenu à charge de restitution le propriétaire de l'immeuble décrété, et par le défaut de publication, son droit de propriété qui n'était que conditionnel, sujet à la non-survie des appelés, et résoluble par l'ouverture de la substitution, est devenu incommutable et absolu vis-à-vis des tiers, et il était comme tel tenu de s'opposer au décret fait sur Aird, possesseur public de l'immeuble, bien que sa possession fût celle de l'usufruitier. En invoquant le défaut d'ouverture de la substitution, l'Intimé invoque les droits des appelés qui, supposant que le défaut de publication n'a pas absolument rendu la substitution caduque vis-à-vis des tiers, n'ont que des droits conditionnels, subordonnés à leur survie à Robert Aird, et qui pouvaient mourir avant lui. Enfin, et ce moyen paraît dans le raisonnement de l'Appelant dominer tous les autres et faire le fonds de sa cause, supposant tous les moyens ci-haut déduits inadmissibles, l'immeuble a été vendu en tout ou en partie pour une dette de la succession, et cette vente est valable contre tous ceux qui sont appelés à recueillir avec ou sans charge.

Tel est le système de l'Appelant. Dans celui de l'Intimé, Robert Aird n'est qu'un usufruitier sur lequel le décret fait pour sa propre dette est impuissant à purger les droits du nu propriétaire, qui est ici l'Intimé, sans que ce dernier soit tenu de s'y opposer. Aird a fait sienne une dette de la succession qui était prescrite, et c'est pour éteindre cette dette et non celle

de la testatrice que l'immeuble a été vendu. Le premier appelé à recueillir le legs à charge d'usufruit en faveur de Robert Aird et Adam Lymburne McNider, et de restituer aux autres appelés, était l'Intimé, dont la mort donnera seule ouverture à la substitution, et dans les principes du droit, le décret ne purge pas les substitutions non ouvertes même sans publication ; mais dans l'espèce actuelle la substitution a reçu la publicité nécessaire pour mettre les tiers en garde, par l'enregistrement qui en a été fait au Bureau des Hypothèques le 24 octobre 1844. Sur le tout le décret a été invalide comme ayant été fait *supra non dominante et non possidente*, et l'Intimé n'en a pas été affecté, malgré qu'il ne s'y soit pas opposé.

Comme on le voit, ce conflit soulève un grand nombre de questions, mais comme la valeur du décret fait le fonds du litige, et la question principale, on ne pourra bien l'apprécier sans donner d'abord au testament son interprétation légitime, en assignant à chacune des parties gratifiées la nature et l'étendue des droits que leur a conférés la testatrice.

Il est indubitable que ni Robert Aird ni Adam Lymburn McNider n'ont éte appelés à recueillir un legs de propriété ; ils n'ont pas même été l'objet d'un legs direct d'usufruit des immeubles. Les institués appelés à la propriété des immeubles légués à charge de substitution en faveur de leurs enfants, ont été graduellement les petits-fils de la testatrice au défaut les uns des autres ; l'Intimé devant recueillir en premier lieu. La disposition a formé une substitution compendieuse au moyen de laquelle l'Intimé devait recueillir à charge de restitution en faveur de ses enfants, et à son défaut, ses frères à la même charge, et au défaut de la branche masculine, la branche féminine sans charge et absolument, mais dans tous les cas à charge d'usufruit en faveur de Robert Aird et Adam Lymburne McNider. Il ne répugne pas à une substitution compendieuse, entremêlée de dispositions directes et obliques, c'est-à-dire à la fois vulgaire et fidéi-commissaire, que l'institué, outre la charge de restitution de la propriété aux appelés, soit grevé d'un usufruit en faveur d'un ou de plusieurs tiers. Cette qualification d'un usufruit attribué à d'autres qu'au grevé et aux

appelés, peut être indépendante de la substitution en ce sens, qu'un testateur peut léguer l'usufruit aux uns d'abord, la propriété à d'autres à charge de restitution, comme il peut léguer cette même propriété sans charge, (la substitution n'étant qu'une modification de la disposition,) de même qu'il peut encore léguer la propriété d'abord à charge de substitution, avec réserve ou charge additionnelle de l'usufruit en faveur d'autres personnes que les grevés et les appelés, et faire de l'usufruit le mode de l'institution. Tout cela est dans la liberté des testaments. Quoique dans le fonds la gratification de l'usufruitier soit la même, la manière dont il y est appelé peut cependant, gravement influer non sur le droit lui-même, mais sur l'exercice de son droit, en ce que quand l'usufruit est l'objet d'un legs direct l'usufruitier devient propriétaire de l'usufruit par la mort du testateur, quoiqu'à la charge d'en demander la délivrance à l'héritier suivant l'ancien droit, et qu'il entre de plein droit en possession de la chose sujette à l'usufruit suivant notre Code, où le legs saisit de plein droit, et qu'elle peut jeter du doute sur l'intention du testateur de créer un usufruit ou une substitution. Ce qui arrive dans bien des cas; car souvent les testateurs prennent un terme pour l'autre; confusion qui a fait dire à l'article 298 du Code qu'une substitution peut exister quoique le terme d'usufruit ait été employé pour exprimer le droit du grevé, et que quand cet usufruit n'est que le mode du legs, c'est-à-dire quand la chose est léguée à condition que le légataire laissera jouir le tiers gratifié, ce légataire est saisi de plein droit de la propriété et possession de la chose léguée ; qu'il doit la délivrer au tiers gratifié, lequel sur son refus n'a contre lui qu'une action pour se faire délivrer la chose si elle est encore en possession du légataire, ou pour répéter la valeur de l'usufruit si la chose est sortie des mains du légataire, qui a pu l'aliéner valablement. (Voyez à cet égard le Répertoire de Merlin, Vo. Mode, Nos. 2 et 4, et le même Répertoire, Vo. Légataire, § 7, art. 2, Nos. 12, 13, 14.)

Il ne peut en outre, dans le cas où l'usufruit est l'objet du mode ou de la charge du legs, y avoir lieu à ambiguité sur l'intention du testateur de créer un usufruit ou une substitution,

puisque la substitution ne peut exister sans être l'objet d'une disposition directe en faveur du grevé. Or, dans l'espèce actuelle, il est clair que d'après les termes dont s'est servi la testatrice pour gratifier son fils et son gendre, Robert Aird et Adam Lymburne McNider qui ne sont pas l'objet d'un legs direct, que l'usufruit qu'elle a créé en leur faveur ne l'a été que comme charge ou mode du legs fait à ses petits-enfants, dont le premier institué, savoir l'Intimé, a été saisi de la possession comme de la propriété des immeubles, et contre lequel les usufruitiers auraient dû se pourvoir par action pour obtenir délivrance de leur usufruit sur son refus de les en revêtir. Il y a plus : si l'Intimé avait aliéné la chose, ils n'auraient eu contre lui qu'une action en indemnité, ce qui résulte rigoureusement des principes sur la matière. L'idée d'une substitution créée en faveur de Robert Aird et d'Adam Lymburne McNider, ou de leur vocation dans le legs en propriété comme grevés, se trouvant donc pleinement écartée, ils doivent être traités comme de simples usufruitiers en vertu du mode apposé à un legs de la propriété, mode que le légataire a accompli en leur faisant délivrance de la chose. Il est sensible que quant à eux, la substitution n'a produit aucun effet quelconque, et que tant que leur usufruit a duré, ils en ont joui comme si le legs n'eût été chargé d'aucune substitution. Les rapports juridiques existant entre Robert Aird, ayant survécu à son beau-frère Adam Lymburne McNider, et en vertu du testament usufruitier du tout et les appelés ont dont été à tous égards ceux de l'usufruitier vis-à-vis du nu-propriétaire. Voilà l'aperçu fondamental de la question. Nous allons voir comme il l'a singulièrement simplifiée.

Ayant décidé que Robert Aird n'était qu'un usufruitier, il suit que l'Intimé a été de plein droit saisi de la propriété des immeubles, à charge d'usufruit envers Robert Aird, et à charge de substitution en faveur des appelés. Cette charge, l'Intimé l'a accomplie par la délivrance, mais elle aurait duré toute la vie de l'usufruitier, et pouvait éventuellement peser sur les appelés comme sur le grevé, car si Robert Aird avait survécu à l'Intimé, elle serait restée en vigueur contre les ap-

pelés, c'est-à-dire qu'elle aurait eu son effet après l'ouverture de la substitution comme elle l'aurait eue avant. C'est dire encore, que l'usufruit est indépendant de la substitution qui n'aura son ouverture qu'à la mort de l'Intimé.

L'action de l'Intimé a donc été purement et simplement l'action du grevé d'une substitution non ouverte, qui se pourvoit contre un tiers en nullité du décret fait sur l'usufruitier. Voyons si dans aucune des hypothèses invoquées par l'Appelant, le fait de la substitution dont est chargé le Demandeur peut être invoqué par l'adjudicataire au décret, pour repousser sa demande et altérer la situation juridique qu'il occuperait vis-à-vis du Demandeur, si ce dernier était propriétaire sans charge de restitution, c'est-à-dire si la substitution n'existait pas. En d'autres mots, cette substitution non ouverte, et qui ne le sera que par le décès de l'Intimé, peut-elle avoir donné au décret fait sur l'usufruitier une valeur qu'il n'aurait pas sans elle ?

L'Appelant invoque le défaut de publication et le fait que le décret a eu lieu pour une dette de la substituante. Mais la publication, quel en est l'objet ? N'est-ce pas de protéger les droits des appelés contre les aliénations volontaires faites par le grevé ou les aliénations forcées faites contre lui ? Le grevé de substitution étant propriétaire à titre résoluble, la loi a voulu, pour protéger les tiers contre cette résolubilité, qu'elle fut rendue notoire par la publication du titre, et ce défaut de publication purge la substitution en faveur des tiers en validant les ventes faites par le grevé, et les décrets forcés faits sur lui ; mais comment peut-on prétendre que ce défaut de publication puisse être invoqué en faveur des ventes ou des décrets faits par ou sur un tiers non propriétaire ? Comment l'acquéreur peut-il dire : J'ai acheté d'un homme qui n'était pas propriétaire, il est vrai, *a non domino*, ou à un décret fait sur lui ; mais l'immeuble était chargé d'une substitution qui, quoiqu'elle n'affectât en rien mon vendeur ou le décrété, et que la disposition qui l'avait créée ne lui eût conféré aucun droit de propriété absolu ou résoluble, n'avait cependant pas été publiée. En vérité, il y a dans ce moyen un vice de conclusion qui ne me laisse la liberté de ne m'en occuper davantage, que pour en proclamer l'insuffisance.

Quant à l'autre moyen, que l'immeuble a été vendu pour la dette de la substitution, il est, en autant que lié aux rapports engendrés par la substitution, d'une évidente non-recevabilité. En effet, si les biens substitués peuvent être volontairement ou forcément vendus pour les dettes de l'auteur de la substitution, ce qui en thèse générale ne doit se faire et n'a de valeur qu'après avoir épuisé les valeurs mobilières de la succession du substituant, et à des conditions particulières d'autorisation judiciaire et d'accomplissement de formalités antécédentes, ils ne peuvent à tout événement l'être que par ou sur le grevé ou les appelés, et faite par ou sur toute autre personne, la vente est faite *super* ou à *non domino*. Ce moyen inefficace pour valider la vente à raison de la substitution, peut cependant avoir sa valeur à raison de l'usufruit, car il est des cas où l'usufruitier peut vendre, et également où les ventes peuvent avoir lieu sur lui, pour les dettes du testateur qui l'a constitué. Nous examinerons ce moyen ainsi envisagé plus tard, quand il s'agira d'apprécier les relations entre l'Intimé et Robert Aird, considérés l'un comme nu-propriétaire purement et simplement et l'autre comme simple usufruitier, ce qui constitue le vrai et unique aspect sous lequel on puisse envisager la validité du présent décret.

La substitution étant écartée, et l'Intimé s'étant présenté, pour les fins de la cause telle que déterminée par les faits, comme un nu propriétaire pur et simple qui se plaint d'un décret fait sur l'usufruitier du bien dont la propriété lui appartient, avant d'entamer la question abstraite de la validité d'un décret fait en semblables circonstances, nous devons d'abord savoir pour quelle dette la vente judiciaire a eu lieu ; si ce fut pour une dette personnelle de l'usufruitier ou pour une dette de la succession, ce qui peut influer sur la détermination théorique. Car, comme je l'ai déjà dit, il est des cas où l'usufruitier peut vendre les biens usufruités, et où ces mêmes biens peuvent être vendus sur lui pour les dettes de l'auteur de l'usufruit, comme les biens fidéi-commissés peuvent être vendus pour les dettes du fidéi-commis.

Ici il est admis que la dette pour laquelle le décret à été

pratiqué, moins une fraction insignifiante et qui a été reconnue par Robert Aird, était prescrite.

L'usufruitier peut-il reconnaître ou payer semblables dettes, car ici la reconnaissance équivaut au paiement, de manière à obliger le nu-propriétaire à faire valoir cette reconnaissance si elle n'est pas acquittée à la fin de l'usufruit, ou à en exiger le remboursement s'il en a effectué le paiement ? Qui peut douter que la réponse puisse être autrement que dans la négative ?

Quoique non fondée sur le droit naturel et qu'elle soit une création du droit positif, n'est-il pas vrai qu'en droit civil qui attribue à l'inaction du créancier pendant trente ans, la présomption *juris et de jure* que la dette a été acquittée, et que ce laps de temps à fait disparaître la preuve de la libération, la prescription libératoire est une voie d'extinction aussi efficace et qu'elle engendre une exception aussi probante qu'aucune autre manière de se libérer; que le paiement lui-même ? Cependant, comme elle n'est fondée que sur une fiction, les juges ne peuvent pas en général la suppléer d'office, et le débiteur lui-même sachant qu'il n'a pas payé, peut y renoncer. Mais cette renonciation, due à un mouvement d'honnêteté tout de for intérieur, constitue en droit civil, dans le for extérieur vis-à-vis des tiers qui pourraient en être défavorablement affectés, un acte de libéralité dont ils ne sont pas tenus s'ils ne l'ont pas autorisé, qu'ils sachent ou ignorent le non-paiement. Le procureur, par exemple, qui sans mandat spécial reconnaît ou paie la dette prescrite due par son principal ne peut le forcer à tenir sa reconnaissance ou à le rembourser. Pourrait-il en être autrement de l'usufruitier vis-à-vis du non-propriétaire ?

Nemo alterius facto prægravari debet. Cette maxime, l'Intimé peut l'invoquer pour prétendre que, par la reconnaissance que Robert Aird a faite d'une dette prescrite, il en a fait sa dette personnelle, et que le Demandeur n'a pu souffrir de sa libéralité.

L'on a objecté que la somme pour laquelle Robert Aird a donné une obligation n'était pas prescrite en entier. En ffet, sur les cens et rentes compris dans la reconnaissance et

échus du vivant de la testatrice, il y avait sept ou huit années de dues formant quelques piastres qui sont entrées dans l'obligation. Mais *de miimis lex non curat;* les jurisconsultes disent encore : *parvum pro nihilo reputatur.* Est-il possible que cette somme si minime puisse entrer en ligne de compte pour affecter le caractère de la reconnaissance donnée par Robert Aird aux Seigneurs de Montréal, et empêcher le tribunal de la considérer comme sa propre dette ?

Voilà donc la question réduite à sa plus simple expression. Robert Aird, usufruitier, a été condamné par jugement rendu sur sa propre dette. Un bien usufruité par lui a été décrété, le nu-propriétaire, l'intimé, ne s'est pas opposé au décret. Ce décret a-t-il purgé son droit de propriété vis-à-vis l'adjudicataire au décret ? En d'autres termes, le décret fait sur l'usufruitier, auquel le nu-propriétaire ne s'oppose pas, purge-t-il son droit de propriété ?

La question de validité du décret, tant à cause de son importance pratique que de ses difficultés théoriques, est grave, je l'avoue. En France, sous l'ancien droit, elle n'a pas été, pendant une période assez longue, exempte d'incertitude, incertitude que la différence qui existe entre les formalités des décrets suivis dans les deux pays, n'a pas contribué à dissiper dans le Bas-Canada. Cependant, en prenant pour boussole les véritables principes sur la matière, nous parviendrons sans trop de peine à éviter les écueils dont elle est hérissée, et nous arriverons à une solution satisfaisante.

Dans la rigueur des principes, le décret ne devrait pas conférer à l'adjudicataire plus de droits que n'en a le décrété. Il en était ainsi dans le droit romain, il en est encore de même dans le droit anglais, et le Code de Procédure Français a décrété, art. 731, " que l'adjudication définitive ne transmet à l'adjudicataire d'autres droits à la propriété que ceux qu'avait le saisi."

Cependant, à raison de l'incertitude des expropriations judiciaires faites sous l'empire de cette maxime, et des titres des adjudicataires assujettis aux recours multipliés des vrais propriétaires restés étrangers aux décrets, on a dû invoquer en

France, à une époque dont il est impossible de fixer la date, un système arbitraire protégeant en apparence les adjudicataires et les propriétaires. On crut y réussir en donnant au décret une publicité inconnue au droit romain, et en accordant aux propriétaires affectés par un décret fait sur des tiers la faculté de s'y opposer dans un délai fixe, passé lequel, le décret obtiendrait une autorité définitive, ce qui n'existait pas dans le droit antérieur. Ce sont ces deux idées combinées qui ont produit le système d'expropriation forcée, dont l'Edit des Criées de Henri II, donné en 1555, et le titre 16 de la Coutume de Paris ont été les principaux monuments dans la juridiction du Parlement de Paris.

La Procédure suivie dans ce système, étant bien connue, nous conduira facilement à la connaissance des cas où le droit de propriété des tiers était purgé par le décret, et de ceux où il ne l'était pas. Nous aurons, pour nous aider dans cette recherche, et les textes législatifs et les arrêts des tribunaux, surtout ceux du Parlement de Paris.

Voici sous l'Edit des Criées, modifié par des Edits subséquents et notamment par le titre suscité de la Coutume de Paris, les principaux traits de cette procédure.

La saisie se faisait par exploit d'huissier, qui saisissait réellement par déclaration détaillée, y apposait brandons et panonceaux royaux, y établissait commissaire, mettait des affiches devant la porte principale de l'église de la paroisse où l'héritage était situé, et dressait son procès-verbal appelé exploit de saisie réelle, dont il laissait copie au saisi. Cette saisie ne se faisait naturellement que sur le débiteur contre lequel il existait un titre exécutoire.

Les commissaires aux saisies nommés par les huissiers étaient des commissaires établis en titre d'office, c'est-à-dire qui étaient revêtus de fonctions judiciaires, et qui, par le fait de leur établissement, étaient charffés de la garde de l'immeuble saisi au nom de la justice. Le premier acte du commissaire était l'enregistrement de la saisie fait dans deux registres spéciaux. La seconde fonction du commissaire était de faire procéder au bail judiciaire de l'immeuble saisi. Comme ce bail judiciaire

jouait un rôle important dans la saisie, et comme très-souvent, pour ne pas dire toujours, de son exécution ou de sa non-exécution dépendait la validité ou l'invalidité du décret des héhéritages des tiers qui ne s'y étaient pas opposés, il importe de connaître exactement la manière dont on y procédait et les effets qu'il produisait.

Le bail judiciaire, comme le terme le dit, se faisait en justice, et il était l'acte par lequel le saisi était dépossédé ; jusque-là il restait en possession de l'immeuble saisi. Cette dépossession se faisait non-seulement lorsque le saisi était en possession lui-même, mais encore quand il avait donné son héritage à bail. Le fermier était expulsé, sauf à faire convertir son bail conventionnel en bail judiciaire. Le bail judiciaire ne pouvait pas se faire moins de six semaines après l'enregistrement de la saisie, et pour un plus long terme que trois ans, sauf à le renouveler si la saisie durait plus longtemps, ce qui peut donner une idée de la lenteur des décrets en France ! Le fermier judiciaire était, comme les fermiers ordinaires, mis en possession de l'héritage, payait le loyer au commissaire, qui en tenait compte, appliquait les deniers aux frais du bail, à sa propre rémunération, à la réparation des héritages et rendait compte de la balance. Le bail judiciaire finissait par l'expiration du terme et par l'adjudication de l'héritage saisi, et aussi par la main-levée de la saisie. Il rendait le preneur contraignable par corps pour l'exécution de ses obligations.

La saisie était l'objet de criées faites par un sergent aux portes des églises paroissiales, et le nombre de ces criées dépendait des Coutumes. Dans la Coutume de Paris, elles étaient faites pendant huit dimanches, *quatre quatorzaines* dit l'art. 532.

Le premier procédé dans l'ordre de la saisie était le congé d'adjuger qui était un jugement ordonnant la vente de l'héritage, au bout de quarante jours, et ce jugement ne pouvait être rendu qu'un mois après l'enrégistrement de la saisie. On recommençait alors les affiches, et ce n'était qu'après une adjudication préliminaire, que se faisait l'adjudication définitive. Ce qui prolongeait la procédure sur l'expropriation, c'étaient

les appels permis aux saisis sur presque chaque acte de la procédure.

Quant aux oppositions, l'opposition afin de distraire y comprise, elles étaient en général permises jusqu'à l'adjudication définitive.

On a omis ici beaucoup d'incidents de la saisie, inutiles pour faire comprendre le vrai caractère du décret, et la publicité dont il était l'objet.

Nous avons dit que le saisi n'était dépossédé que par le bail judiciaire, et la conséquence était qu'il ne l'était que par le décret quand l'héritage était décrété sans le bail. Il restait alors en possession réelle de l'héritage jusqu'à l'adjudication, comme la chose se pratique ici. L'objet du bail était d'assurer aux créanciers les profits de l'héritage échus pendant la saisie, car le commissaire à la saisie versait le reliquat des fruits dans la caisse des consignations, pour être distribué avec le prix de l'immeuble. Mais cette formalité n'était pas essentielle à la validité du décret fait sur le propriétaire et pouvait être omise sans qu'il en souffrît. Ce n'était qu'un incident non essentiel qui était souvent omis. La seule conséquence de cette omission, était que le saisi n'ayant pas été dépossédé, pouvait valablement aliéner la chose saisie, au préjudice de la saisie, en faveur des tiers qui étaient censés l'ignorer.

Il faut bien faire attention à cette circonstance, pour saisir la portée des autorités ordinairement citées sur la matière, et qui parlent du bail judiciaire. Son objet était d'affecter les revenus de l'immeuble aux fins de la saisie et de déposséder le saisi. En dehors de ces deux effets, il n'avait pas de raison d'être. S'il était omis, le saisi restait en possession et jouissait de l'immeuble.

Il est difficile de savoir si sous l'ancien régime judiciaire de la Colonie, les héritages décrétés étaient donnés à bail judiciaire On trouve dans le recueil des arrêts de la Prévosté de Québec, publié par M. Perreault, un bail judiciaire ordonné par justice; mais c'est le bail de biens de mineurs fait par le tuteur pour payer la dette de ses pupilles. A la page 29 du même recueil on trouve un jugement condamnant des loca-

taires à payer leur loyer au commissaire établi à un immeuble saisi, sans que le jugement énonce si ces locataires devaient en vertu d'un bail judiciaire ou en vertu d'un bail conventionnel, ce qui pourtant porte à croire que l'on établissait des commissaires aux saisies suivant la pratique française. Il suit que les biens saisis devaient être baillés judiciairement quand ils étaient d'une valeur suffisante, ce qui pourtant ne devait pas souvent arriver. Bien souvent aussi, permission était accordée de vendre par trois affiches, des immeubles qui ne pouvaient pas supporter les frais d'un décret, comme on en trouve plusieurs exemples dans le recueil des arrêts du Conseil Supérieur publiés par le même auteur. Il existe même un règlement de ce Conseil inséré à la page 14 du Recueil, défendant à la Cour de Prévosté de prononcer sur semblables demandes dont le Conseil s'est réservé privativement la connaissance.

Le système d'expropriation forcée en force en France et pratiqué dans la Colonie sous l'ancien régime ayant été aboli par l'Ordonnance 25 Geo. III, chapitre 2, qui exige pour tout mode de publicité de la saisie, les annonces dans le journal officiel et les affiches et publications aux portes d'église, le bail judidiaire a été anéanti par le fait même. L'article 33 de cette loi dit que les ventes judiciaires, avec les seules formalités qu'elle prescrit, auront les mêmes force et effet que les décrets faits cidevant. Mais ces formalités n'ont pu avoir l'effet propre au bail judiciaire, de déposséder le saisi et d'attribuer aux créanciers les fruits des immeubles mis sous main de justice pendant la procédure en expropriation. Aussi, depuis cette Ordonnance les saisis sont-ils toujours restés en possession et ont-ils toujours perçu les fruits de leurs héritages jusqu'à l'adjudication.

Depuis l'Ordonnance, le Décret a eu la même valeur qu'il avait avant contre le saisi et contre les tiers, avec cette différence cependant que quand le décret fait *super non domino* n'était valable que parce que le vrai propriétaire avait été dépossédé par le bail judiciaire, et que n'ayant pu ignorer la saisie il était en faute de n'avoir pas fait son opposition, dans le Bas-Canada, le vrai propriétaire qui ne s'est pas opposé à la saisie, n'ayant pas été l'objet de cette dépossession, et n'étant

pas passible du reproche de négligence, ne peut être affecté par le décret.

Or, c'était la maxime commune en France que le vrai propriétaire non dépossédé par le bail judiciaire, ne pouvait perdre son droit de propriété par un décret fait sur un tiers et pour une dette à laquelle il était étranger. Comme proposition converse, le décret purgeait sa propriété quand il avait été dépossédé. On trouve dans les livres un grand nombre d'arrêts à l'appui de cette proposition.

Ces arrêts sont fondés sur la maxime bien naturelle qui était en France une maxime commune que, comme le dit Pothier, Procédure Civile, No. 526, " la saisie réelle doit se faire " sur le propriétaire de l'héritage ; une saisie *super non domino* " est nulle.

" Observez néanmoins, ajoute l'auteur, qu'on entend par " propriétaire, non pas seulement celui qui l'est dans la vérité, " mais encore celui qui possède l'héritage *animo domini*, soit " qu'il soit véritablement le propriétaire, soit qu'il ne le soit " pas. Car il est réputé l'être, lorsque le véritable propriétaire " ne réclame point ; ce qui suffit pour que la saisie faite sur " lui soit valide, et purge même le droit du véritable propriétaire s'il ne s'y oppose pas."

Il faut donc conclure, dit Ferrière dans son grand commentaire sur la Coutume de Paris, sur l'article 389, titre 16, des Criées, art. 4e de la glose unique, No. 22, *in fine*, " que la saisie " réelle doit être faite sur le propriétaire ou du moins sur celui " qui passe publiquement pour propriétaire, quoiqu'en effet il " ne le soit pas ; et si la saisie est faite sur celui qui passe pour " propriétaire, le véritable propriétaire qui ne s'est pas opposé " perd son droit de propriété."

" Sur ce principe la Cour a jugé par arrêt du 22 février " 1607, qu'un décret fait sur celui qui avait fait cession de " biens, sans avoir fait créer un curateur, était nul, parce que " celui qui a fait cession ne doit plus passer pour possesseur " ni pour propriétaire."

Rousseaud De La Combe, Jurisprudence Civile, Vo. décret :

" Si le saisi était reconnu comme propriétaire et était en pos-
" session actuelle, le décret purgerait la propriété."

La raison pour laquelle la saisie faite sur le possesseur *animo domini*, ou sur celui qui passe pour véritable propriétaires, est patente, c'est qu'il n'a tenu qu'au véritable propriétaire de l'expulser ; et que s'il ne l'a pas fait, il a induit le public en erreur, et qu'il n'est que juste qu'il soit la victime de son inaction ; de la même manière qu'il en est la victime quand il laisse un tiers prescrire contre lui.

C'est par l'assimilation de l'inaction du véritable propriétaire qui laisse son héritage en possession d'un tiers sur lequel il peut être saisi, à l'inaction du propriétaire qui laisse prescrire, que les auteurs justifient la purge de droit du véritable propriétaire par le décret. S'il peut dire : " Je ne me suis pas opposé parce que j'ignorais la saisie," on lui répond : " Pourquoi aviez-vous laissé votre héritage aux mains d'un tiers sans titre, et qui le possède *animo domini?* "

C'est probablement sur ces autorités et ce raisonnement qu'est fondé l'article 632 de notre Code de Procédure Civile, qui porte qu'on ne peut saisir les immeubles que sur la personne condamnée et qui les possède ou est réputé les posséder *animo domini.*

Cet article serait donc suffisant pour décider la question actuelle, puisqu'il est certain que la personne condamnée, Robert Aird, ne possédait ni n'était réputé posséder l'immeuble *animo domini*, les possédant comme usufruitier. Celui qui possède en vertu d'un titre est réputé posséder la chose suivant son titre, car personne ne peut vis-à-vis les particuliers intéressés ni vis-à-vis le public, changer la cause de sa possession, *nemo causam possessionis suæ mutare potest*, et c'est en ce sens qu'il vaut mieux n'avoir pas de titre qu'en avoir un vicieux, *melius est non habere titulum quam habere vitiosum.* (Le titre vicieux est entre autres cas celui qui répugne à la prescription, et le titre de l'usufruitier est de ce genre.) Pour ce qui est de la croyance publique, il serait souverainement injuste de supposer qu'un possesseur peut être réputé posséder dans un sens différent de son titre, ce qui serait contre la maxime : *ad primor-*

dium tituli semper refertur eventus. Cette tentative comporterait de sa part, une entreprise marquée au coin de la mauvaise foi et de la fraude à la loi. En général la fraude ne se présume pas, et en l'absence d'une preuve extraordinaire, dont à vrai dire, je ne vois pas la possibilité en thèse générale, preuve qui d'ailleurs n'a pas été faite ici, l'usufruitier est réputé comme tous les autres possesseurs précaires posséder pour le propriétaire, chez lequel réside le domaine de propriété.

Je dis que l'article 132 serait suffisant pour trancher la question, car il est certain que pour qu'un décret soit valable, il faut qu'il soit fait en conformité rigoureuse des règles que lui trace la loi, et que la non-observance des simples matières de forme en entraîne la nullité, nullité bien plus violente encore quand il s'agit d'un vice de substance comme le défaut dans la personne du saisissant, du droit de saisie sur l'immeuble. C'est un droit véritable que la loi contemple quand elle lui fait produire des effets contre les tiers qui ne s'y sont pas opposé. La chose est indubitable, et le contraire n'a jamais pu venir à l'idée de personne.

Poussons cependant plus loin notre investigation et voyons si dans le cas où le décret n'était fait ni sur le propriétaire ni sur celui qui possédait *animo domini*, ou était réputé posséder comme tel, les tribunaux français de l'ancien régime, appliquaient la maxime dans le sens que je lui prête, et jugeaient qu'une saisie semblable obligeait le véritable propriétaire à s'y opposer, et faute d'opposition, déclarait purgé son droit de propriété, et qu'elle était l'opinion des auteurs sur ce point?

Je n'hésite pas à dire, ce qui d'ailleurs peut se démontrer amplement par les citations tant des arrêts que de la doctrine, que la maxime était que quand le véritable propriétaire ou le possesseur *animo domini*, n'avait pas été dépossédé par le bail judiciaire, l'opposition n'était pas nécessaire pour empêcher le décret de purger la propriété. Cette dépossession par le bail judiciaire était une des formalités substantielles du décret fait sur un non-propriétaire qui n'avait de validité qu'après le bail de l'héritage saisi. Si l'héritage compris dans la saisie, n'était pas baillé judiciairement, la conséquence était qu'il n'était pas

en possession du saisi, et qu'il était resté en la possession du vrai propriétaire. C'est en ce sens qu'il faut entendre les auteurs et les arrêts qui déclarent que le décret ne purge pas le droit de propriété des tiers, quand le saisi n'en a pas été dépossédé par le bail judiciaire et quand le vrai propriétaire en est resté en possession.

Ferriere loco citato. " Si l'adjudicataire par décret fait avec les solennités requises, peut être inquiété par des créanciers hypothécaires, ou par ceux qui auraient droit de propriété dans partie des choses saisies et adjugées ou qui auraient quelque droit réel ? "

" La décision de cette question dépend de cette maxime, que le décret purge les hypothèques de tous droits de propriété et droits réels prétendus sur les choses adjugées par décret, faute d'opposition dans le temps porté par la Coutume et les Règlements."

" Il semble néanmoins que cela est contraire à cette autre maxime, que la saisie, le décret et l'adjudication faits *super non domino* sont nuls, de sorte que le propriétaire d'une chose saisie sur un autre que sur lui, n'est pas obligé de s'opposer à la saisie pour en conserver la propriété, vu qu'à son égard la saisie est nulle."

" Cette maxime est sujette à interprétation : elle est vraie au cas que la chose soit saisie sur celui à qui elle n'appartient pas, le propriétaire étant toujours demeuré en possession et jouissance d'icelle pendant la saisie, et n'en ayant point été dépossédé par le commissaire aux saisies réelles, et par le bail judiciaire ; le propriétaire qui n'est pas dépossédé n'est pas tenu de s'opposer à fin de distraire, car on peut dire qu'il n'y a point de saisie réelle de la chose, puisqu'il n'y a point de saisie réelle valable sans *dépossession.*"

" La même doctrine se trouve dans le Répertoire de Merlin, Vo. Décret d'Immeubles dans un article emprunté au Répertoire de Guyot, § VI."

" Il est de principe qu'un immeuble ne peut être décrété que sur celui qui en est propriétaire ; mais cette règle exige l'explication suivante."

“ Lorsque l'immeuble a été saisi réellement sur celui qui n'en était pas propriétaire, et que celui à qui il appartenait en est resté paisible possesseur jusqu'à l'adjudication, la saisie réelle, les criées et l'adjudication ne peuvent faire aucun préjudice au véritable propriétaire ; car pour qu'un bien puisse être valablement adjugé, il faut qu'il soit devenu le gage de la justice et de la partie saisie ; ce qui ne peut se faire que quand le commissaire se met en possession par le fermier judiciaire, tant pour la justice que pour les créanciers.”

“ Mais si le propriétaire avait été dépossédé par le fermier judiciaire et qu'on eût procédé à l'adjudication, il ne pourrait le faire rétracter et rentrer en possession de son bien. Il n'y a pas en ce cas plus de justice de priver le propriétaire de son bien que de le lui faire perdre quand il en a laissé un tiers en possession pendant le temps marqué par les lois pour acquérir la prescription.”

Cette dernière remarque de l'auteur fait voir que le cas où le propriétaire aurait laissé le saisi jouir de son héritage *animo domini*, et que la saisie serait faite pendant cette possession, le saisi étant pour ces fins réputé propriétaire, comme nous l'avons vu par la citation de Pothier et l'article 632 de notre Code de Procédure Civile, le vrai propriétaire qui serait dépossédé ne pourrait que s'imputer la faute d'avoir laissé posséder son héritage, par un tiers ayant l'intention d'en acquérir la propriété, et sur lequel l'héritage est décrété, comme il doit se l'imputer dans le cas de la prescription.

On trouve ce qui suit dans la collection nouvelle de Dénizart, Vo. Décret d'Immeubles § V, tome 6, page 47 et suiv.

“ Dans une saisie réelle faite en 1744 des biens du Sieur de la Villette, on avait compris des immeubles qui appartenaient aux Sieurs de la Chassagne. Ceux-ci ne devaient rien au saisissant, et jouissaient paisiblement en vertu d'un partage fait en 1677. On ne leur signifia ni la saisie réelle, ni le bail judiciaire, et il ne fut pas établi de commissaire aux saisies réelles pour ce qui leur appartenait.”

“ De leur côté, ignorant un décret qui se poursuivait à quatre-vingts lieues de leur demeure ordinaire, ils ne formèrent pas d'opposition à fin de distraire.”

" L'adjudication faite, l'adjudicataire prétendit les dépouiller de leurs héritages comme compris dans la saisie réelle. Ils se pourvurent par tierce-opposition contre la procédure, interjetèrent appel du décret dont on ne leur avait donné aucune connaissance, et qui n'avait point interrompu leur possession. Cependant par une sentence des Requêtes de l'Hôtel du 27 septembre 1752, ils furent déclarés non-recevables et mal fondés."

" L'appel qu'ils en interjetèrent, fit la matière d'un procès en la seconde chambre d'Enquêtes. Les avis furent partagés, et le procès renvoyé en la troisième chambre pour y être départagé."

" Par arrêt du vendredi, 23 août 1776, la sentence des Requêtes de l'Hôtel fut repoussée tout d'une voix."

Je n'ai pu vérifier cet arrêt.

Les auteurs de la Collection ajoutent: " Me. Coueffe de Bouloz, procureur des Appelants, fit dans l'affaire précédente un mémoire où il rapporta avec détail l'issue d'un arrêt du 18 février 1743, rendu au rapport de M. Chabornat de Bonneuil, qui avait pareillement jugé que tant qu'un tiers-possesseur n'a été ni interrompu dans sa possession ni dépossédé par main de justice, on ne peut pas se prévaloir contre lui du défaut d'opposition à fin de distraire."

" S'il en était autrement il n'y aurait pas de citoyen qui pût être assuré de conserver sa propriété. Ce serait même encore un moyen à la fraude : car il est facile de dépouiller ainsi des propriétaires en englobant insidieusement leurs biens dans une affiche (en ce pays le Journal Officiel) dont ils ne penseraient pas même à prendre lecture, étant assurés de ne rien devoir. On peut aussi y trouver un grand nombre de précédents rendus dans le même sens."

Bourjon, Droit Commun de la France, tit. VIII des Exécutions, chap. 9, sect. 1, tome 2, page 755: " Mais dans le cas de l'adjudication même sur décret privé, tel décret ne doit opérer cet effet par rapport au droit de propriété, que lorsque le vrai propriétaire n'était pas en possession pendant la poursuite du décret."

Il serait oiseux de multiplier les citations qui sont unanimes dans les livres qui ont traité de la matière, pour prouver que le décret fait *super non domino* ne purge pas les droits du propriétaire qui est resté en possession pendant la procédure en expropriation faite sur un tiers.

La question a été jugée en ce sens par plusieurs arrêts rendus en ce pays, où le bail judiciaire n'a pas lieu, et où conséquemment le saisi n'est dépossédé que par l'adjudication, mais il est facile de se rendre compte des personnes qu'il déposséderait s'il avait lieu. Il est évident que par l'effet naturel du décret, les seuls héritages dont le saisi est en possession seraient donnés à bail. Il est encore évident que dans l'espèce actuelle, l'héritage dont il est question étant en la possession de Robert Aird, aurait été l'objet du bail judiciaire et que ce dernier en aurait été dépossédé. Mais, en aurait-il été ainsi de l'Intimé propriétaire de l'héritage ? Si l'on donne à la possession dont Robert Aird aurait été privé et au défaut de possession en la personne de l'Intimé pendant la saisie, la signification de toute possession physique, simple détention ou de possession naturelle, et que l'on dise que quelque soit la possession du saisi non propriétaire, elle sera suffisante pour faire conclure au défaut de possession en la personne du propriétaire et l'obliger à s'opposer au décret, il n'est pas douteux que Robert Aird ayant été le détenteur ou possesseur naturel de l'héritage à titre d'usufruitier, l'Intimé devait s'opposer au décret et qu'il doit perdre sa cause. Mais est-ce bien là la possession que contemple la jurisprudence, quand elle attribue à la possession dont le vrai propriétaire est resté revêtu pendant le décret, la vertu de paralyser l'effet du décret. Chaque fois que le propriétaire n'a pas été physiquement en possession de l'héritage saisi, et que cet héritage sera resté en la possession de fait du saisi, à quelque titre qu'il possède et même sans aucun titre, ce propriétaire qui ne se sera pas opposé, sera-t-il déchu de sa propriété ?

LA RÉDACTION,

(*A continuer.*)

LA THÉMIS

REVUE DE LÉGISLATION, DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE.

RÉDIGÉE PAR

L'HON. T. J. J. LORANGER.
B. A. T. DE MONTIGNY, Avocat.
E. LEF. DE BELLEFEUILLE, Avocat.
CHS. C. DE LORIMIER, Avocat.
EDOUARD A. BEAUDRY, Notaire.
JOSEPH DESROSIERS, Avocat.

VOL. I. AVRIL 1879. No. 3.

DE L'AFFINITÉ ET DE SES EFFETS.

Des relations diverses ayant des conséquences juridiques plus ou moins graves peuvent exister entre les citoyens d'un même pays. Les plus importantes et les plus intimes de ces relations sont le mariage, la parenté et l'affinité.

Je dis en premier lieu le mariage, car cette relation intime et sacrée qui existe dans l'indissoluble union de l'homme et de la femme, n'est pas une parenté ni une affinité (1) dans le sens ordinaire.. " *Virum et uxorem non esse inter se proprie* " *affines, sed principium affinitatis et quasi stipitem, ex quo* " *affinitatis gradus numerentur et distinguantur* (2)." Cette union intime qui de deux personnes fait une même chair, *et*

(1) Le Code de Procédure Civile, article 252, semble proclamer que l'union qui existe entre les époux est une véritable affinité.

Proudhon, *Traité de l'Etat des Personnes*, T. 1 page 360, dit que " l'alliance ou l'affinité consiste dans les liens civils qui unissent, par le mariage, *les époux entr'eux*, et chacun d'eux avec les parents de l'autre.'

Voyez l'abbé André, *Cours de Droit Canon*, Vo. *Affinité* ou *Alliance*.

(2) Engel, *Jus Canonicum*, T. 3, page 99.

erunt duo in carne uná (1), cette union qui est la tige d'une famille nouvelle n'a pas de désignation qui lui soit propre, aucune autre expression que celle de *mariage* ne peut la caractériser. Le mariage est une relàtion *suí generis*, car les devoirs et les obligations mutuels qu'il engendre, les droits réciproques qu'il confère, le lien qui unit les époux, sont consacrés par la religion, la nature et la loi civile.

Les rapports de parenté (2) qui existent entre les personnes sont très-étendus dans leurs effets et leurs conséquences et ils se retrouvent dans un grand nombre de circonstances et d'événements dans le cours de la vie, notamment dans le mariage et dans les successions.

Les rapports d'affinité, quoique restreints, ont cependant une influence considérable dans le mariage, qui est l'un des principaux événements de la vie. Ils ont aussi des conséquences importantes dans d'autres matières.

Les rapports qui existent entre personnes étrangères l'une à l'autre, c'est-à-dire entre lesquelles il n'y a pas de liens de parenté ou d'affinité (3), et leurs conséquences juridiques, sont généralement (4) le résultat des conventions et ils sont aussi multipliés qu'il y a de transactions sociales diverses.

Les simples rapports sociaux et les relations plus intimes d'amitié n'ont pas de conséquences juridiques, ne confèrent aucun droit et n'imposent aucune obligation civile.

Le but du présent article est de faire connaître l'affinité et

(1) Genèse, Cap. 2 V. 24.

(2) " La parenté ou la consanguinité est un lien contracté par la propagation du sang entre les personnes qui descendent d'une même souche." (*Petite Somme de St. Thomas d'Aquin*, par l'abbé Lebrethon, *supplément à la troisième partie, Question* 54, No. 1).

" La parenté naturelle, dit Pothier, est la liaison que la nature a mise entre deux personnes qui descendent ou l'une de l'autre, ou d'une souche commune. (*Traité du Contrat de Mariage*, Part. 3, C. 3, Art. 1, § 1.)

(3) Les rapports dont il est question peuvent exister aussi bien entre parents et alliés qu'entre simples étrangers, mais il n'ont pas la parenté ni l'affinité pour cause.

(4) Voyez le Code Civil, art. 983.

ses conséquences ou effets juridiques, et de rectifier certaines idées erronées que beaucoup de personnes, même parmi les hommes de loi, entretiennent sur cette matière.

SECTION I.

DE L'AFFINITÉ.

L'affinité ou alliance résulte du mariage. Elle a pour base l'union légitime de l'homme et de la femme ; elle est aussi le résultat d'un commerce illicite (1). " Celui, dit St. Paul, qui " s'unit à une prostituée devient un même corps avec elle (2)."

L'affinité proprement dite ou l'affinité légitime est le rapport ou le lien qui existe, dans les relations de famille, entre un conjoint par mariage et les parents de l'autre conjoint. Si la loi ne prononçait pas l'affinité, il faudrait la faire reposer sur une fiction. Les deux époux ne formant qu'une seule personne, il faudrait dire que le conjoint de notre parent est notre parent lui-même et lui donner cette qualification.

L'affinité est l'image et la représentation de la parenté ; c'est une parenté civile ayant beaucoup de rapports avec la véritable parenté, et en différant essentiellement sous plusieurs points de vue. Le mariage fait entrer l'époux dans la famille de son époux, il est considéré comme si les liens du sang l'unissaient aux membres de cette famille, il est *fictivement* de leur sang, mais cette fiction cesse lorsqu'il s'agit de succession (3).

Les effets de l'affinité légitime seront expliqués plus loin.

Quant à la parenté et à l'affinité purement naturelles, elles ont surtout des effets en matière de mariage. Dans les ma-

(1) Affinitas est propinquitas personarum ex copulâ carnali proveniens de se non involvens consanguinitatem. (Engel, *lot. cit.*, page 99).

(2) *Première Epître aux Corinthiens, chapitre* 6, *verset* 16.

(3) Voyez *infrà* le paragraphe relatif aux successions *ab intestat.*

tières civiles ordinaires, leurs effets sont bien limités (1) notamment en ce qui concerne l'affinité.

Il est bien certain que ces effets n'existent pas en matière de tutelle, curatelle et autres matières où le conseil de famille d'un individu doit être consulté. Les parents et les alliés purement naturels ne peuvent pas être appelés au conseil de famille autrement que comme amis et seulement dans le cas de défaillance de la parenté et de l'affinité légitimes (2).

Dans la parenté on distingue la souche, la ligne et le degré.

La souche est le parent dont d'autres parents tirent leur commune origine. En appliquant cette idée à l'affinité, on doit dire que la souche est l'auteur commun dont le parent tire son origine et dont l'allié est censé, lui aussi, tirer son origine.

La ligne est l'ordre des personnes qui sont d'un même sang (3).

Relativement à la ligne, " il y a trois choses à distinguer dans la consanguinité : le rapport du principe avec son produit, le rapport du produit avec son principe, et le rapport réciproque des produits du même principe. Ces trois rapports produisent trois lignes : celle des descendants qui va du père au fils (4), celle des ascendants qui remonte du fils au père (5), et la ligne collatérale, qui marque la relation de deux per-

(1) La reconnaissance volontaire ou forcée par le père ou la mère de leur enfant naturel, donne à ce dernier le droit de réclamer des aliments contre chacun d'eux, suivant les circonstances. (C. C. art. 240).

La recherche judiciaire de la paternité et de la maternité est permise à l'enfant naturel, et la preuve s'en fait tant par écrit que par témoins, sous les circonstances et restrictions portées aux articles 232, 233 et 234 relatifs à la preuve de la filiation des enfants légitimes. (C. C. art. 241).

(2) Voyez le Code Civil, art. 253.

(3) *Conférences de Paris sur le Mariage.* Livre 4, Première Conférence, § 1.

(4) Dans la ligne directe descendante sont : le fils et la fille, le petit-fils et la petite-fille, l'arrière-petit-fils et l'arrière-petite-fille, etc.

(5) Dans la ligne directe ascendante sont : le père et la mère, l'aïeul et l'aïeule, le bisaïeul et la bisaïeule, le trisaïeul et la trisaïeule, etc.

sonnes descendues d'une souche commune (1)." (*Petite Somme de St. Thomas d'Aquin, loc. cit.* No. 2). Ces principes sont applicables à l'affinité quoique, en réalité, il n'y ait pas de lignes, les alliés n'étant pas du même sang. Ainsi on distingue dans l'affinité la ligne directe descendante, la ligne directe ascendante et la ligne collatérale. La ligne directe descendante, "*rapport du principe avec son produit*," se compose de tous les descendants d'un époux, ils sont les descendants par affinité de l'autre époux, ils sont réputés avoir été engendrés par lui. Le fils de votre femme, né d'un précédent mariage, est votre beau-fils ou *fils par affinité* (2) ; le petit-fils de votre femme, le fils de son enfant d'un premier mariage, est votre *petit-fils par affinité*, et ainsi des autres descendants. La ligne direete ascendante, "*rapport du produit avec son principe*," se compose de tous les ascendants d'un époux, ils sont les ascendants par affinité de l'autre époux, ils sont réputés l'avoir engendré. Le père de ma femme est mon beau-père ou mon *père par affinité* (3), l'aïeul de ma femme est mon aïeul par affinité, et ainsi des autres ascendants. Enfin la ligne collatérale, "*rapport réciproque des produits du même principe*," se compose de tous les parents d'un époux qui descendent comme lui d'une souche commune, ils sont les collatéraux par affinité de l'autre époux, ils sont réputés avoir tous ensemble le même auteur commun. Le frère de ma femme est mon beau-frère ou *frère par affinité* (4), son oncle est mon oncle, son neveu est

(1) Dans la ligne collatérale sont les frères et sœurs, les oncles et tantes, les grands-oncles et grandes-tantes, les neveux et nièces, les petits-neveux et petites-nièces, les cousins et cousines germains, les cousins et cousines issus de germains, etc.

La langue du droit n'a pas d'expressions propres pour désigner les parents au delà de certains degrés. Ainsi au delà des cousins issus de germains (sixième degré civil et troisième degré canonique), les cousins n'ont plus de qualification spéciale et ils ne sont connus que sous le nom générique de cousins. On les nomme cousins au septièmé degré, huitième degré, etc.

(2) C'est à-dire votre allié au degré de fils.

(3) C'est-à-dire mon allié au degré de père.

(4) En d'autres termes il est mon allié au degré de frère,

mon neveu, son cousin germain est mon cousin germain, et ainsi des autres collatéraux plus éloignés.

Les degrés de parenté sont les distances qui existent entre les parents. Ces distances sont plus ou moins considérables selon qu'on s'éloigne plus ou moins de la souche commune, car les degrés sont formés par les générations (1).

Les degrés sont comme les échelons que l'on monte (2) pour parvenir au faîte de l'édifice, c'est-à-dire à l'auteur commun, la tige et la souche de la nouvelle famille qui s'est formée.

Il y a deux manières de compter les degrés de parenté, la supputation canonique et la supputation civile.

Le droit canon et le droit civil comptent les degrés de la même manière dans la ligne directe. Chaque personne engendrée fait un degré. *Tot sunt gradus quot sunt generationes, usque ad illam personam de cujus cognatione quaeritur* (3). Ainsi, dans la ligne directe descendante, entre vous et votre fils il n'y a qu'un degré parcequ'il n'y a qu'une seule génération, celle de votre fils ; entre vous et votre petit-fils il y a deux degrés parce qu'il y a deux générations, celle de votre fils et celle de votre petit-fils. Il y a trois générations entre vous, qui faites souche, et votre arrière-petit fils, et par conséquent il y a trois degrés entre vous et lui.

" Il en est de même dans la ligne ascendante. Je suis au premier degré de parenté avec mon père, parce qu'une seule génération a formé cette parenté ; je suis au second degré

(1) C. C. Art. 615.

(2) " Les degrés," dit le jurisconsulte Paul, " sont ainsi appelés par comparaison, c'est-à-dire comme étant semblables à des échelles ou à des lieux qui sont en pente, et par lesquels nous montons comme en passant de degrés en degrés, qui semblent naître les uns des autres. (ff. Liv. 10, §. 10, *De gradibus et adfinibus, et nominibus eorum*. Traduction de Bréard-Neuville et de Moreau de Montalin, T. 15, page 343).

(3) Engel. *loc. cit.* page 96. Il ajoute : " Si quaeritur, quoto gradu sit nepos avo conjunctus? Dico, avus, filius, nepos, sunt tres personæ, una dempta manent duae ergo duo gradus. Vel : avus genuit filium, est una generatio, et unus gradus, filius genuit nepotem, est secunda generatio, consequenter secundus gradus, et sic de caeteris,"

avec mon aïeul, parce que deux générations ont formé cette parenté; mon aïeul a engendré mon père, et mon père m'a engendré : je suis au troisième degré avec mon bisaïeul, parce qu'il y a trois générations de lui à moi : 1o. il a engendré mon aïeul; 2o. mon aïeul a engendré mon père; 3o. mon père m'a engendré, *et sic deinceps* des autres degrés." (Pothier, *Traité du Contrat de Mariage*, No. 124, Ed. in-12).

Le droit Canon et le droit civil ont chacun une manière différente de compter les degrés dans la ligne collatérale.

Suivant la supputation civile (1) il y a autant de degrés qu'il y a de personnes des deux côtés, issues d'une souche commune, car la ligne collatérale se compose de deux lignes qui partent de l'auteur commun. Ainsi lorsque l'on veut connaître la parenté qui existe entre deux collatéraux, on compte le nombre de personnes qu'il y a entre l'un deux et l'auteur commun, celui-ci non compris, et entre l'auteur commun et l'autre collatéral; en d'autres termes on part de l'un des parents et on monte à l'auteur commun, et on descend de cet auteur commun à l'autre parent. Ainsi entre mon frère et moi il y a deux degrés, car de moi à mon père, notre auteur commun, il y a une génération et par conséquent un degré, et de mon père à mon frère il y a une autre génération, et par conséquent un autre degré. Entre votre neveu et vous il y a trois degrés car il y a trois générations, savoir la vôtre d'un côté, et celles de votre frère et de son fils, qui est votre neveu, de l'autre côté. Entre votre cousin germain et vous il y a quatre degrés, car il y a quatre générations, savoir deux générations en montant de votre cousin germain à votre aïeul qui est la souche, et deux générations en descendant de votre aïeul jusqu'à vous (2).

Il en est ainsi des degrés plus éloignés.

Dans la supputation civile, il n'y a pas de premier degré en

(1) Dans la Province de Québec nous suivons la supputation civile pour les successions, la récusation des juges, etc. Cette supputation est celle du droit romain; en collatérale il comptait les degrés de chaque côté.

(2) Voyez le Code Civil, art. 618.

collatérale (1). La distinction entre les degrés égaux et les degrés inégaux n'a pas sa raison d'être dans cette ligne vu que chaque personne fait un degré.

Suivant la supputation canonique (2) on ne compte les degrés que par le nombre de personnes qui se trouvent entre l'un des collatéraux et la souche commune. D'après cette supputation, il y a en collatérale des degrés égaux et des degrés inégaux, ou, en d'autres termes la ligne collatérale se subdivise en ligne collatérale égale et en ligne collatérale inégale (3).

Les degrés sont égaux lorsque les deux parents sont également éloignés de la souche commune. " *In lineâ collateralium æquali toto gradu consanguinei distant inter se, quoto quisque eorum a communi stipite* (4)." Ainsi deux frères sont au premier degré (5), car il n'y a qu'une génération entre chaque

(1) " La ligne directe ascendante ou descendante commence dans le " premier degré ; mais dans la ligne collatérale, il n'y a point de premier " degré et on commence par le second." (ff. L. 1, §. 1, *de grad. et adf.*)

(2) On suit la supputation canonique pour les mariages. On ignore dans quel temps cette manière de compter les degrés en collatérale a été introduite dans l'église, mais il est probable que cette introduction a eu lieu sous le pontificat de Saint Grégoire le Grand. Cette introduction aurait donc eu lieu à la fin du sixième siècle ou au commencement du septième.

Voyez Ferrière sur les *Institutes de Justinien*, Liv. 1, Tit. 10, §. 1. Pothier, *Traité du Contrat de Mariage*, Nos. 127 et suivants, et Nougarède, *Lois du Mariage*, page 297.

(3) " Linea transversalis seu collateralis est duplex, *æqualis* et *inæqualis*.

" Linea transversalis *æqualis* est *habitudo* inter personas ab eodem communi stipite æqualiter distantes, ut inter fratres et sorores, patrueles et consobrinas.

" Linea transversalis *inæqualis* est habitudo inter personas inæqualiter a communi st ipitedistantes, ut fratres et filii sororis." (Maupied, *Juris Canonici Compendium*, Pars. III, Lib. VI, T. 1, page 1462).

(4) Engel, *loc. cit.* page 96.

(5) Il y a un premier degré en collatérale d'après la supputation canonique. D'après cette même supputation, lorsque les degrés sont égaux, un degré *canonique* comprend deux degrés *civils*.

frère et leur père qui est la souche commune ; deux cousins germains sont au second degré, car il y a deux générations de chaque côté, celle du cousin et celle de son père, le père de ce dernier, aïeul du cousin, étant l'auteur commun. Il y a trois degrés entre deux cousins issus de germains et quatre degrés entre les enfants de ces derniers.

Les degrés sont inégaux lorsque l'un des parents est plus éloigné que l'autre parent de la souche commune (1). Dans ce cas le degré le plus éloigné emporte le plus proche, et les collatéraux sont éloignés entr'eux d'autant de degrés que le plus éloigné est éloigné de la souche commune. *In linea collaterali inæquali remotior trahit ad se viciniorem, id est, quoto gradu remotior distat a communi stipite, toto distant inter se* (2)." Ainsi l'oncle et le neveu sont au second degré, car entre le neveu et son aïeul, père de l'oncle, il y a deux générations, celle du neveu et celle de son père qui est le frère de l'oncle. Entre vous et le cousin germain de votre père, il y a trois degrés parce qu'il y a trois générations depuis vous jusqu'à votre bisaïeul qui est la souche commune, savoir la vôtre, celle de votre père et celle votre aïeul.

Dans l'affinité il n'y a pas de véritables degrés, car il n'y a pas de générations " *gradus autem adfinitatis nulli sunt* (3) " et par conséquent, il n'y a pas d'auteur commun. Cependant comme l'affinité est l'image de la parenté, qu'elle est elle-même une parenté civile et fictive, on a imaginé des degrés comme dans la parenté réelle. Ces degrés d'imitation sont comme les véritables degrés de parenté et, en conséquence, les règles que je viens de rapporter sont applicables. " Ainsi pour connaître les degrés entre le mari et les parents de la

(1) On dit quelquefois, dans ce cas, qu'il y a parenté d'un degré à un autre, V. G. du premier degré au second degré, du second degré au troisième degré, du troisième degré au quatrième degré et ainsi de suite. Ainsi on dit que l'oncle et la nièce sont parents du premier au second degré ; que la parenté qui existe entre vous et la petite-fille de votre cousin germain est une parenté du second au quatrième degré etc.

(2) Engel, *loc. cit.*

(3) ff. L. 4, §. 5 *De grad. et adf.*

femme, et les degrés entre la femme et les parents de son mari, il n'y a qu'à suivre les degrés de parenté qui sont entre l'un des deux conjoints et ses parents (1)." Il suit de là qu'un mari est l'allié des parents de sa femme au même degré que sa femme est leur parente et *vice versâ*. Le père de votre femme est votre allié au premier degré de la ligne directe ascendante, l'aïeul de votre femme est votre allié au second degré de la même ligne. Le fils de votre femme est votre allié au premier degré de la ligne directe descendante, le petit-fils de votre femme est votre allié au second degré de la même ligne. Dans la ligne collatérale, la sœur de votre femme est votre alliée au premier degré canonique et au second degré civil ; la cousine germaine de votre femme est votre alliée au second degré canonique et au quatrième degré civil ; et ainsi des autres parents.

L'affinité est-elle susceptible d'extensions? Faut-il nécessairement la limiter aux parents d'un époux relativement à l'autre époux; en d'autres termes, n'y a-t-il que les parents d'un époux qui soient les alliés de l'autre époux? Les alliés d'un époux ne peuvent-ils pas réclamer le même privilège à l'égard de l'autre époux?

L'affinité ne produit pas l'affinité, *affinitas non parit affinitatem*, car pour qu'elle pût la produire il faudrait pouvoir établir, au moins fictivement, entre un époux et les alliés de l'autre époux, ou entre les familles respectives de deux époux, les divers rapports qui caractérisent la parenté, soit directe, soit collatérale, ce qui est impossible.

" L'affinité " dit Saint Thomas, ne produit pas l'affinité. Les parents d'une femme ne sont liés par aucune parenté aux parents de son mari ; à plus forte raison en est-il de même des alliés de cette femme. D'ailleurs, l'affinité n'est pas un LIEN de la même espèce que la parenté. L'épouse seule devient parente (2) avec les consanguins de son époux au même degré

(1) Ferrière, sur les *Institutes de Justinien*, Liv. 1. Tit. 10, §. 6.

(2) Saint Thomas n'entend pas ici la parenté véritable, mais seulement la parenté civile qui est l'affinité.

que lui (1). " Le mari seul pareillement devient allié avec les parents de sa femme au même degré qu'elle. Ainsi les alliés de ma femme ne sont pas mes alliés, sa belle-mère, *marâtre*, la seconde femme de son père, n'est pas ma belle-mère quoique son père soit mon beau-père. Mes alliés pareillement ne sont pas les alliés de ma femme ; ainsi mon beau-frère, le mari de ma sœur, n'est pas le beau-frère de ma femme quoique ma sœur soit sa belle-sœur. Les enfants que chacun des époux a eus d'un précédent mariage sont aussi complètement étrangers les uns aux autres ; ceux de la femme sont les alliés du mari et ceux du mari sont les alliés de la femme, mais ils ne sont pas alliés ensemble.

Ce principe incontestable ne fait pas de doute et il est enseigné par les canonistes, les théologiens et les jurisconsultes tant anciens que modernes (2). Tous s'accordent à dire que

(1) *Petite somme de Saint Thomas d'Aquin*, supplément à la troisième partie, Question 55, No. 5.

(2) Voyez entr'autres :

1o. Parmi les Canonistes et les Théologiens : Saint Thomas, déjà cité.— *Les Conférences Ecclésiastiques de Paris sur le Mariage*, éd. de 1767, T. 2, page 302. — Gousset, *Théologie Morale*, T. 2, 2e éd., No. 813. — L'Abbé André, *Cours de Droit Canon*, Vo. *Affinité*.— Guillois, *Explication du Catéchisme*, 8e. éd. T. 3, page 557. — Maupied, *Juris Canonici Compendium*, T. 1, page 1471.

2o. Parmi les anciens jurisconsultes, c'est-à-dire qui ont écrit avant la promulgation du Code Napoléon :

Boutaric, *Explication de l'Ordonnance de* 1667, page 255. — Rodier, *Questions sur l'Ordonnance de* 1667, page 476. — Ferrière, *Dictionnaire de Droit*, Vo. *Affinité*. — Pothier, *Traité du Contrat de Mariage*, 3e Partie, Chap. 3, Art. 5, § 3. — Guyot, *Répertoire de Jurisprudence*, T. 6, Vo. *Empêchements de Mariage*, page 671, 1ère colonne.

3o. Enfin parmi les auteurs modernes : Pailliet, *Manuel de Droit Français*, page 53, *notes*. — 1 Delvincourt, *Cours de Code Civil*, *notes*, page 131. — 1 Carré et Chauveau, *Les Lois de la Procédure Civile*, page 18, *notes*. — 9 Toullier, *Droit Civil Français*, pages 440 et suivantes. — Merlin, *Répertoire de Jurisprudence*, Vo. *Empêchements de Mariage*, § 4, Art. 3, No. 4.— Favard de Langlade, *Répertoire du Notarial*, Vo. *Affinité* et *Alliance*. — 1 Vazeille, *Traité du Mariage*, No. 107. — 1 Boileux, *Commentaire sur le*

l'affinité est le rapport qui existe entre un époux et les parents de l'autre époux. On n'en trouve pas un seul qui enseigne que l'affinité est aussi le rapport qui existe entre un époux et les alliés de l'autre époux. S'il en était autrement, c'est-à-dire si l'affinité produisait l'affinité, on se trouverait dans des embarras extrêmes car toutes ces générations crééraient une telle confusion qu'il serait presque impossible de les discerner et d'appliquer les conséquences juridiques qui en découleraient.

Si vos alliés ne sont pas les alliés de votre femme et si les alliés de votre femme ne sont pas vos alliés, il suit, à plus forte raison, qu'il n'existe aucun lien de parenté ou d'affinité entre vos parents et les parents de votre femme. Ainsi votre père et la mère de votre femme, votre frère et la sœur de votre femme sont, à l'égard les uns des autres, complètement étrangers.

Dans le langage ordinaire, on donne le nom d'alliés à des personnes qui nous sont parfaitement étrangères. Ainsi on appelle beau-père le second mari de notre belle-mère, beau-frère le mari de notre belle-sœur, oncle le second mari de celle qui est notre tante par affinité, c'est-à-dire qui était précédemment mariée avec notre oncle. Mais aucun lien ne nous unit à ces personnes, *affinitas non parit affinitatem.* Les convenances sociales exigent, jusqu'à un certain point, ces diverses qualifications, et le vulgaire les caractérise en disant qu'un *tel* est beau-père, beau-frère, oncle ou cousin d'un *tel* par *politesse.* L'usage et les habitudes de la société de trouver une alliance en ces cas ne peuvent pas changer légalement les relations.

L'affinité, je l'ai déjà observé plus haut, imite la parenté

Code Napoléon, 6e. éd. page 387.— *Les Codes annotés* de Sirey, sur l'article 162 du Code Napoléon, No. 1.—*Répertoire de la Jurisprudence du Notariat,* Vo. *Alliance.* — *Dictionnaire du Notariat,* Vo. *Alliance,* Nos. 19 et 20. — Dalloz, *Dictionnaire Général de Législation, de Doctrine et de Jurisprudence,* Vo. *Parenté et Alliance,* No. 16. — Leroy, dans l'*Encyclopédie du Droit* de Sebire et Carteret, Vo. *Alliance-Affinité,* No. 8. — 3 Demolombe, *Cours de Code Civil,* No. 115. — 1 Mourlon, *Répétitions écrites sur le Code Napoléon,* Art. 162.—1 Allemand, *Traité du Mariage et de ses effets,* page 74.—Nougarède, *Lois du Mariage,* page 299.

avec qui elle a beaucoup d'analogie, mais elle n'est pas une parenté véritable et réelle, elle est une parenté fictive et civile qui, dans certaines circonstances, a les mêmes effets que la parenté réelle, mais qui en diffère essentiellement sous d'autres rapports. Si cette affinité produisait une autre affinité, il s'ensuivrait que la fiction produirait une autre fiction, ce qui ne peut pas se concevoir en droit civil.

Tous les jours on soulève des difficultés relativement à l'affinité. On prétend que les alliés d'un conjoint sont les alliés de l'autre conjoint et on veut en tirer des conséquences qui entravent la marche des affaires dans les différentes matières où la loi parle de l'affinité. Qu'il soit donc compris une fois pour toutes que l'affinité ne produit pas l'affinité et que la prétention contraire est tout simplement une hérésie légale.

Je ne sais pas si cette question d'extension d'affinité s'est déjà présentée devant nos tribunaux. J'ai fait beaucoup de recherches pour m'en assurer, mais j'ai parcouru en vain un grand nombre de volumes de décisions. La question s'est présentée en France. Une cour de justice criminelle, celle du département de la Côte-d'Or, siégeant à Dijon, ayant, le 16 Germinal an 13 (1), jugé que la femme du beau-frère d'un individu était la belle-sœur de cet individu, ce qui faisait produire à l'affinité des effets qu'elle n'a pas, la cour de Cassation, faisant une juste application des principes, a cassé son arrêt.

" Attendu," dit l'arrêt de la cour de Cassation (2), " que l'alliance dont parle cet article (3), est celle qui se contracte par le mariage entre l'un des conjoints et les parents de l'autre; qu'un époux n'a par conséquent pour alliés du chef de son

(1) 6 Avril 1805.

(2) L'arrêt de la Cour de Cassation a été rendu le 5 Prairial de la même année, 25 Mai 1805.

(3) L'article 358 du Code des Délits et des Peines du 3 Brumaire an 4. Cet article portait que, dans les procès de grand criminel, certains parents et alliés de l'accusé, entre autres son frère et sa sœur, et ses alliés au même degré, ne pourraient pas être entendus en témoignage, soit à la requête de l'accusé, soit à celle de l'accusateur public, soit à celle de la partie plaignante.

conjoint que ceux qui en sont les parents ; et qu'ainsi, les alliés de ce dernier ne lui sont rien, dans l'acception juridique de ce mot ;

" Que cependant l'arrêt attaqué a étendu l'effet de cette alliance, même aux alliés du conjoint, puisqu'il a décidé que la femme du beau-frère de l'accusé était, comme son mari, son alliée au même degré, et a, en conséquence, refusé de l'entendre comme étant, par son mari, belle-sœur de l'accusé ; d'où résulte une fausse application évidente de l'article 358 ci-dessus cité. Par ces motifs, la cour casse etc."

J'ai reproduit cet arrêt parce qu'il consacre un principe admis dans notre droit canadien (1).

Ce principe que l'affinité ne produit pas l'affinité était admis en Droit Romain (2). On peut en voir l'application au premier livre des Institutes, Titre 10, *De Nuptiis*, §. 8, et dans les lois 4, §. 3, D, *de Gradibus et Adfinibus*, et 34, §. 2, D, *de Ritu Nuptiarum*. La loi 15, *au même titre*, n'est pas contraire, car la prohibition de mariage qu'elle comporte est fondée sur une raison de bienséance et d'honnêteté publique, et non sur une affinité qui n'existe pas et qui ne peut pas exister.

Autrefois, en matière de mariage, les canonistes distinguaient non seulement l'affinité proprement dite, c'est-à-dire celle qui est définie *suprà*, et qu'ils appelaient l'affinité du premier genre, mais encore deux autres espèces d'affinités, celle qu'ils appelaient l'affinité du second genre et celle qu'ils appelaient l'affinité d utroisième genre (3).

Les canonistes avaient introduit les deux derniers genres d'affinités plutôt par un motif de bienséance et d'honnêteté publique que pour tout autre motif. Ils avaient pour exemple

(1) Cet arrêt est rapporté par Toullier, T. 9, page 442, et par Merlin, *Répertoire de Jurisprudence* Vis. *Empêchements de Mariage*, §. 4, Art. 3, No. 4, et *Témoin Judiciaire*, §. 1, Art. 3, No. 9.

(2) Pothier, *Contrat de Mariage*, No. 161.

(3) Ces trois espèces d'affinités consistaient dans " l'affinité de deux familles, l'affinité de trois familles, l'affinité de quatre familles." (*Conférences Ecclésiastiques de Paris sur le mariage*, Liv. 4, 3e Conférence, §. 2.)

la loi romaine (1) que je viens de citer, laquelle prohibait le mariage entre certaines personnes quoiqu'elles ne fussent pas réellement alliées entre elles.

Ces divers genres d'affinité se contractaient :

" Le premier, entre le mari et les parents de sa femme, et entre la femme et les parents de son mari ;

" Le second, entre le mari et les alliés de sa femme, et entre la femme et les alliés de son mari ;

" Le troisième, entre le mari et les alliés des alliés de sa femme, et entre la femme et les alliés des alliés de son mari ;

" En sorte que, si le mari, non-seulement de ma fille ou de ma sœur, mais même de ma tante ou de ma cousine germaine ou issue de germaine, devenu veuf, se remariait, je ne pouvais pas épouser sa veuve, parce qu'il était censé exister entre elle et moi une affinité du second genre ;

" Et que, si la femme, non-seulement de mon fils ou de mon frère, mais même de mon oncle ou de mon cousin germain ou issu de germain, devenue veuve, se remariait et, que son second mari, devenu veuf à son tour, se remariât également, et que sa seconde femme devînt veuve, il était censé exister entre elle et moi une affinité du troisième genre qui formait obstacle à un mariage entre nous deux (2)."

Les deux derniers genres d'affinités ont été abrogés par le quatrième concile général de Latran (3) tenu en 1215 sous le Pape Innocent III. " *Cùm prohibitiones de conjugio in secundo et tertio affinitatis genere minimè contrahendo, et de sobole susceptâ ex secundis nuptiis cognationi viri non copulandâ prioris, et difficultatem frequenter inducant, et aliquando periculum pariant animarum: cum cessante prohibitione cesset effectus, constitutiones super hoc editas, sacri approbatione concilii revo-*

(1) Loi 15, ff. *De Ritu Nuptiarum.*

(2) Merlin, *Répertoire de Jurisprudence,* Vo. *Empêchements de Mariage,* §. 4, art. 3, No. 4.

(3) Les divers conciles généraux de Latran sont ainsi nommés parce qu'ils ont été tenus dans la célèbre basilique de Saint Jean de Latran, à Rome.

cantes, præsenti constitutione decernimus, ut sic contrahentes de cætero liberè copulentur (1)."

L'église, depuis le concile de Latran, n'a plus reconnu qu'une seule affinité, celle du premier genre. Le concile de Trente n'a apporté aucun changement à cette doctrine et elle est encore aujourd'hui dans toute sa vigueur.

Le droit civil, comme le droit canon, ne reconnaît que l'affinité du premier genre ou affinité proprement dite, et hors de cette affinité et de la parenté il n'y a plus que des étrangers. Ainsi lorsque la loi frappe de nullité les actes faits par les parents et alliés, elle n'atteint pas ceux de ces actes qui sont faits par les parents et alliés de l'allié ni ceux faits par le conjoint de l'allié (2).

Pendant combien de temps l'affinité dure-t-elle ? Cesse-t-elle par la mort de la personne qui la produisait lorsque cette personne n'a pas laissé d'enfants de son mariage ? Et si l'existence d'enfants conserve l'affinité, cette affinité cesse-t-elle par la mort de ces enfants ? Enfin, en supposant que l'affinité survive à la personne qui la produisait, le conjoint survivant qui, n'ayant pas d'enfants de son mariage, se remarie à une autre personne, continue-t-il à être l'allié des parents de son conjoint prédécédé ?

Les auteurs français qui ont écrit sur ces questions sont profondément divisés.

Les uns prétendent que la mort sans enfants, du conjoint qui produisait l'affinité, fait cesser et anéantit cette dernière, que son ombre même n'existe plus, *mors omnia solvit.* Ils se fondent principalement sur l'article 206 du Code Napoléon dont la disposition est reproduite dans l'article 167 du Code Civil du Bas-Canada. Voici le texte de ces deux articles :

" Les gendres et belles-filles doivent également et dans les mêmes circonstances des aliments à leurs beau-père et belle-mère ; mais cette obligation cesse :

1. Lorsque la belle-mère a convolé en secondes noces ;

(1) Chapitre *Non debet,* Titre des décrétales *de consanguinitate et affinitate.*

(2) Voyez *infrà* ce que je dis des testaments, etc.

2. Lorsque celui des deux époux qui produisait l'affinité et les enfants de son union avec l'autre époux sont décédés. (C. N. Art. 206 ; C. C. B. C., Art. 167).—Ils invoquent aussi certaines autres dispositions spéciales des lois françaises (1).

Les autres, et c'est le plus grand nombre, enseignent avec raison que l'affinité dure toute la vie de la personne en qui elle se rencontre, même si son conjoint, qui la produisait, est prédécédé sans laisser d'enfants de son mariage. (2). La jurisprudence est généralement conforme à cette doctrine. (3)

C'est cette dernière opinion que l'on doit suivre dans notre droit canadien, et c'est la seule rationnelle. L'article 167 n'est pas contraire, car le Code, par la disposition de cet article, fait simplement disparaître certains effets civils de l'affinité. Il conserve ces effets pour tous les autres cas non spécifiés. Il est impossible de trouver dans nos lois un seul mot qui puisse faire induire la destruction de l'affinité du fait que l'époux qui la produisait est mort sans laisser d'enfants. C'est bien le cas d'appliquer cette maxime dont on fait ordinairement un si grand abus : *qui dicit de uno, negat de altero.*

Quelques anciens auteurs (4), entr'autres Pothier, *Traité des Personnes*, Titre 6, § 2, adoptant la fausse maxime de Loysel,

(1) Toullier, *Droit Civil Français*, T. 9, No. 288, et Duranton, *Cours de Droit Français*, T. 3, No. 458, note, adoptent aussi cette opinion.

(2) Voyez : Favard de Langlade, *Rép. du Not. Vo. Alliance.* Zachariæ, *Cours de Droit Civil Français*, T. 1, page 178, § 84, note 9. Boileux, *Commentaire sur le Code Napoléon*, t. I, pages 389 et 390. *Les Codes annotés* de Sirey, *loc. cit. Supplément*, art. 162. *Répertoire de la Jurisprudence du Notariat*, Vo. *Alliance*, No. 15. *Dictionnaire du Notariat*, Vo. *Alliance*, No. 35. Dalloz, *Dictionnaire de Législation, etc.*, Vo. *Parenté*, No. 19. Encyclopédie du Droit de Sebire et Carteret, *loc. cit.*, No. 20. Demolombe, *Cours de Code Civil*, T. 3, No. 117, et T. 7, No. 255. 1 Marcadé, *Explication Théorique et Pratique du Code Napoléon*, page 428, note. Gousset, *Théologie Morale*, T. 2. 8e éd. No. 815.

(3) Voyez *infrà*, au paragraphe relatif aux conseils de famille, tutèlles, etc., un arrêt important rendu en ce sens.

(4) Voyez : Meslé, *Traité des Minorités, etc.*, éd. de 1785, pages 118 et 279. *Le Règlement des Tutelles du Parlement de Rouen*, Art. 20, et les observations de Cauvet sur cet article.

" *morte ma fille, mort mon gendre* (1), enseignaient que l'affinité s'éteint par le décès, sans enfants, du conjoint qui l'avait produite : V. G. que Pierre, l'époux de Julie, n'était plus l'allié des parents de Julie si cette dernière mourait avant lui sans laisser d'enfants de son mariage, ou si les enfants du mariage venaient eux-mêmes à mourir avant Pierre. Mais cette doctrine n'était pas généralement suivie, même dans les Pays de Droit Ecrit. Et cependant le droit romain, qui régissait ces pays, a plusieurs dispositions concernant l'extinction de l'affinité. Voyez les Institutes de Justinien, Titre *de Nuptiis*, § 7, et la loi 3, § 1, *ff. de postulando.* Il est vrai cependant que la loi 5, Cod., *De Verborum significatione*, a une disposition qui admet la continuation de l'affinité après la mort, sans enfants, du conjoint qui la produisait. Mais quand bien même on aurait, dans l'ancien droit, généralement adopté la maxime de Loysel, on aurait jugé erronément et contre la nature des choses.

L'erreur de ceux qui tenaient que l'affinité cessait par le décès, sans enfants, de l'époux qui l'avait produite, était d'autant moins excusable qu'ils admettaient les effets de cette affinité tels que les entendait le droit canonique. Or le droit canonique admettait la perpétuité de l'affinité puisqu'il la déclarait un obstacle *perpétuel* au mariage que les alliés voulaient contracter entr'eux.

Ainsi l'affinité, une fois contractée, est, comme la parenté elle-même dont elle est l'image, inhérente à la personne en qui elle se rencontre, et elle ne finit qu'avec la vie de cette personne. C'est une qualité qui ne peut pas se perdre, quoiqu'il advienne, elle est essentiellement perpétuelle. *Quo autem affinitas est quodcumque accidit, perpetua* (2) " L'affinité ne

(1) *Institutes Coutumières*, Liv. 1, Titre II, Règle XXXII.

Les annotateurs de Loysel ajoutent : " *La raison est que la fille est le* " *principe de l'affinité qui est entre la belle-mère et le gendre.*"

Il est vrai que la fille est le principe de l'affinité qui est entre la belle-mère et le gendre, mais il est vrai aussi que cette affinité est tellement attachée à la personne du mari, qu'elle en est inséparable et qu'il continue à être le gendre de la mère de sa femme même après la mort de cette dernière.

(2) *Cap. Fraternitatis*, 35, *quæst.* 10.

cesse pas tant que subsistent les personnes avec lesquelles on l'a contractée, bien que la personne à cause de laquelle elle s'est produite ne soit plus existante. La raison en est qu'elle provient de l'existence du lien de deux personnes, et non pas seulement de leur union actuelle (1)." Si vous avez épousé Marie, vous êtes devenu l'allié de ses parents dans chaque ligne, et à tous les degrés. Si Marie meurt avant vous, vous continuerez jusqu'à votre mort à être l'allié de ses parents dans chaque ligne et à tous les degrés. Cette continuation d'affinité aura lieu même si Marie n'a pas laissé d'enfants de son mariage avec vous. Elle aura encore lieu si vous convolez en secondes noces. Même dans ce cas vous serez toujours le gendre du père et de la mère de Marie, ses frères et sœurs seront toujours vos beaux-frères et belles-sœurs ; vous serez toujours le neveu de ses oncles et tantes et l'oncle de ses neveux et nièces, ses cousins seront toujours vos cousins.

Puisque l'affinité dure toute la vie de la personne en qui elle se rencontre, il suit nécessairement que (sauf les exceptions expresses de la loi (2)), les droits, les devoirs et les obligations, les prohibitions et les incapacités qui en découlent continuent d'exister comme elle.

L'affinité est de tous les temps et de toutes les législations. Les hommes ont toujours considéré comme un proche le conjoint de leur proche. Quant aux effets de l'affinité, ils ont varié avec les différentes époques et suivant les lois et les mœurs de chaque peuple.

Nous allons voir dans la section suivante quels sont les principaux effets de l'affinité dans notre droit civil.

(1) *Petite Somme de St. Thomas d'Aquin,* supplément à la troisième partie, question 55, No. 2.

(2) C. C., Art. 167.

E. A. Beaudry.

(*A continuer.*)

QUESTION NOTABLE

D'USUFRUIT ET DE DECRET JUDICIAIRE.

(*Suite.*)

Il me parait que la possession requise est la possession civile, c'est-à-dire la possession *animo domini*, et que la possession précaire du saisi qui ne possèderait pas pour lui, mais pour le propriétaire, comme serait le fermier, l'engagiste, le séquestre et l'usufruitier, ne serait pas suffisante pour purger le droit du propriétaire, qui aurait pu l'ignorer, et contre lequel, au moins il n'existerait pas de présomption légale de connaissance. Le contraire ne créerait-il pas une immense injustice ?

Pour ces motifs a conclu, l'honorable magistrat, " je suis " d'avis que le jugement dénoncé doit être confirmé et la ma- " jorité du tribunal partage mon sentiment."

Pour l'opinion contraire, l'honorable juge Taschereau, invoquait à l'appui de son dissentiment une thèse d'une grande plausibilité, d'une force considérable même et qui, au point de vue pratique du moins, devra lui rallier bien des suffrages.

Cette thèse se renforçait surtout d'un élément d'une grande autorité en matière judiciaire, l'intérêt public mis ici en cause dans la personne de l'adjudicataire et de ses successeurs.

Les formalités exigées en France et dans la Colonie sous l'ancien régime pour valider les décrets immobiliers et parmi ces formalités était le bail judiciaire, a dit le savant juge, ont été abolies par l'Ordonnance 25, Geo. III, chap. 2, qui leur a substitué pour tout mode de publicité de la saisie, les annonces dans le Journal officiel et les affiches et publications aux portes des églises. Ainsi un bien vendu par le shérif, moyennant l'observance de ces formalités, l'est avec la même autorité que s'il l'eut été en France, après accomplissement des formes nombreuses qui y étaient en usage, le bail judiciaire non excepté, le congé préliminaire et le congé définitif d'adjuger y compris. Le seul effet du défaut du bail judiciaire, est de

laisser le saisi en possession réelle de l'héritage saisi, et de lui conférer la perception des fruits jusqu'à l'adjudication définitive.

Le saisi a été pendant plusieurs années en possession réelle et publique de l'héritage. Tout le monde le connait comme tel, et ignore si c'est véritablement lui ou un tiers inconnu, qui en est le propriétaire, question qui n'intéresse en aucune manière les tiers, et dont la solution n'est pas, au demeurant, en leur pouvoir. Personne ne s'oppose à la vente ni avant, ni pendant, ni après les annonces dans le Journal officiel. Un tiers de bonne foi se portera adjudicataire, perdra son prix d'adjudication, qui est distribué entre les créanciers, et cet adjudicataire ou son ayant cause, comme c'est ici le cas, seront chassés à la poursuite d'un propriétaire resté inconnu jusque-là, de l'héritage dont ils ont été mis en possession par main de justice, et perdront à la fois leur bien et leur argent. Il est vrai que la loi leur accorde un recours, la répétition des deniers contre le saisissant et les créanciers colloqués, mais qui ne sait combien cette action récusoire est illusoire dans bien des espèces, et difficile, pour ne pas dire impraticable dans tous les cas ? Ici l'intérêt public doit primer l'intérêt particulier du propriétaire négligent, qui est présumé avoir reçu par les annonces dans le Journal officiel et les publications aux portes des églises du lieu de la situation de l'héritage, une connaissance suffisante de la saisie et ne peut imputer qu'à lui-même son défaut d'opposition et son inaction.

Il est difficile de méconnaître la force de ce raisonnement, et la justesse des aperçus par lesquels il s'impose à la pratique des tribunaux, en favorisant la permanence des décrets faits sous leur autorité. Mais plausible en pratique est-il fondé en principes, et les arguments dont il s'étaie ne sont-ils pas en fin de compte, autre chose que des arguments *ab inconvenienti*, sans valeur en logique judiciaire comme en dialectique, et qui au lieu d'établir la doctrine qu'ils soutiennent ont pour résultat ordinaire de prouver la thèse qu'ils combattent. Les mauvais résultats d'une loi servent tout au plus à prouver qu'elle est imparfaite, et si elle n'est pas faite pour la corriger, l'exposition

des inconvénients qu'elle entraîne ne peut avoir d'utilité que quand cette loi est incertaine, et quand il s'agit de pénétrer l'intention du législateur, dans le but de fixer le sens dans lequel il l'a conçue. Quand la loi est claire, cette manière de raisonner est sans pertinence.

Il est d'ailleurs peu de lois qui ne produisent pas d'abus et n'engendrent pas d'inconvénients en sens différents, et celle dont il s'agit tombe singulièrement dans cette catégorie. En effet quelle grande distinction peut-on faire entre l'adjudicataire qui perd son argent employé à acheter un bien qui n'appartenait pas à son vendeur et le propriétaire qui perd son bien vendu pour la dette d'un autre ? Dans ce conflit de deux intérêts opposés qui combattent pour éviter du dommage, *certant pro damno vitando*, ce n'est pas la somme d'abus produits par l'une ou l'autre opinion, qui doit faire pencher la balance; ce sont les principes théoriques du droit plutôt que les anomalies de la pratique que l'on doit invoquer pour faire prévaloir la meilleure.

Une de ces opinions soutient que le décret *suprà non domino*, mais revêtu des formes juridiques est validement fait sur un possesseur quelconque, possesseur naturel, précaire ou civil, et l'autre prétend que pour purger le droit du propriétaire qui ne s'y est pas opposé, (car ce défaut d'opposition est supposé dans l'une et l'autre thèse,) ce décret doit être fait sur un possesseur civil possédant *animo domini*. Comme on le voit la question est nettement posée ; la lutte est sans échappatoire et carrément engagée.

Mettant de côté la forme, abordons le fonds de la question.

Il est hors de doute que non-seulement d'après les principes du droit civil, mais d'après ceux du droit naturel et de la conscience, nul ne doit être forcément privé de sa propriété, que par son propre fait ou sa propre négligence, comme dans le cas de la prescription due à l'inaction du propriétaire, ou pour le paiement de ses dettes comme dans l'expropriation judiciaire, et que toute dépossession non justifiée par une de ces causes reconnues par la loi, auxquelles il convient d'ajouter le cas de l'expropriation pour cause d'utilité publique et autres

motifs de ce genre, ne soit une spoliation. L'intérêt public peut dans le cas du décret, avoir apporté quelque modification à cet aperçu fondamental, mais comme cette dérogation aux lois de l'équité est fondée sur un principe immoral en lui-même, il a été difficile au législateur de baser sur cette exception dangereuse, un système en concordance avec la légalité pure. Son but n'a pu être de faire la meilleure loi sur le sujet, mais de faire la moins mauvaise loi possible. Une loi d'exception ne peut exister qu'à condition de pécher contre la règle générale !

Nous avons vu que suivant le droit civil, les droits du véritable propriétaire ne recevaient aucune atteinte du décret fait sur un tiers, que ce tiers fût ou non possesseur à aucun titre quelconque. Il en était ainsi en règle générale en France, pour les pays soumis au droit romain, malgré les Ordonnances ci-haut citées et la jurisprudence contraire du Parlement de Paris et de plusieurs autres. L'article 731 du Code de Procédure Civile, en décrétant " que l'adjudication définitive ne " transfère à l'adjudicataire d'autres droits à la propriété que " ceux qu'avait le saisi," a renouvelé la règle du droit romain dans toute la France, dont l'ancienne jurisprudence s'était écartée et a ramené la matière à ses vrais principes.

On peut trancher la différence entre l'ancien et le nouveau droit sur les effets du décret, en disant qu'en règle générale sous l'ancien régime, le décret purgeait la propriété, et que sous le nouveau il ne la purge pas, et laisse intacte l'action en revendication du propriétaire contre l'adjudicataire, comme si celui-ci était un usurpateur, sous la réserve naturelle des droits de ce dernier contre le saisissant, les créanciers colloqués et le saisi lui-même, en répétition du prix d'adjudication. Si l'on nous demande quel est le meilleur de ces deux principes, notre réponse ne tardera pas à se faire entendre, et le propriétaire dépossédé n'aura pas à s'en plaindre !

L'article 632 de notre Code de Procédure Civile, quoique rédigé en termes bien effacés, semble tenir le milieu entre les deux systèmes, et ne peut que s'éclairer de la discussion qui eut lieu au Conseil d'Etat sur l'article 731 du Code Français. Plusieurs projets soumis à ce Conseil avaient provoqué cette dis-

cussion, qui est sans contredit un des débats les plus brillants qui se soient fait jour dans cette assemblée d'érudits et des jurisconsultes les plus éminents de la magistrature et du barreau de France. C'est en même temps qu'un résumé historique de la législation française et des variations de la jurisprudence, un traité de droit sur le sujet du décret. Il n'est rien de plus propre à éclairer les obscurités dont le sujet est enveloppé, à fixer les incertitudes des décisions et expliquer les contradictions des auteurs qui en ont écrit, que cette discussion qui est pour nous surtout du plus haut intérêt.

Après avoir lu cette dissertation savante, pleine d'aperçus nouveaux sur le régime immobilier et le mouvement de la propriété et où les lois d'expropriation judiciaire sont présentées sous leur vrai jour, il nous semble n'avoir jamais rien lu auparavant sur la matière, tant ce qui en a été dit en cette occasion, surpasse ce qui avait été écrit auparavant sous l'ancien régime. Cette dissertation où nous avons trouvé toute faite la matière de notre article, nous la présentons *in èxtenso* ànos lecteurs, qui y trouveront en germe et mieux exposés que nous pourrions le faire, les principes qui servent de base à notre appréciation du jugement suscité, et à la solution des questions qu'il soulève.

QUESTION.

" L'adjudication sur poursuite d'èxpropriation forcée purgera-t-elle la propriété : c'est-à-dire, le propriétaire de portions éparses qui, par une négligence volontaire et inexcusable, ayant laissé ces portions éparses sous le nom de la partié saisie, les aura laissé comprendre dans la saisie des biens de ce dernier, n'aura fait aucune réclamation pendant toute la durée de la poursuite, aura laissé vendre comme appartenant à la partie saisie ces portions éparses, pourra-t-il, après l'adjudication consommée, rentrer dans la propriété de ces portions éparses ? ou sera-t-il (ainsi que cela s'est pratiqué pendant des siècles et en vertu de lois toujours suivies dans les ressorts des parlements de Paris, Bordeaux et Toulouse, c'est-à-dire dans les trois quarts de ce qui constituait alors le royaume de

France) non recevable à déposséder l'adjudicataire, et réduit à se venger par privilége sur le prix de l'adjudication ?"

Les rédacteurs du projet de code, la totalité des cours d'appel, la majorité de la section de législation, désirent que la jurisprudence des parlements de Paris, Bordeaux et Toulouse soit conservée.

Je vais (1) indiquer quelques-uns des motifs qui engagent la majorité de la section de législation à persister dans son opinion :

1o. *Quel a été sur cette question le droit commun de la France ? Quelle était, sur cette question, la jurisprudence de quelques parlements ou pays de droit écrit ?*

2o. *Abstraction faite de toute loi positive, quels sont les avantages de cette jurisprudence, et mérite-t-elle les reproches qui lui sont adressés ?*

3o. *Quelles sont les modifications qui, dans le projet, ont amélioré cette partie de notre législation ?*

1o. *Quel était le droit commun en France ?*

Ce n'est pas sans étonnement que nous avons entendu les défenseurs de l'opinion opposée à la nôtre parler de notre système comme *d'une innovation* dont l'introduction dans notre législation produirait le bouleversement des propriétés.

Nous avouons que la jurisprudence des parlements de Paris, de Bordeaux et de Toulouse, sur cette matière, n'est pas fondée sur les maximes du droit romain ; mais nos adversaires seront de leur côté obligés d'avouer qu'une jurisprudence dont l'origine se confond avec celle de nos coutumes, qu'une jurisprudence qui est confirmée par elles, consacrée par les lois de *Henri II*, établie d'une manière plus précise par les arrêts de règlement du XVIIe siècle, conservée religieusement par une multitude d'arrêts, rappelée en termes formels dans la belle ordonnance des substitutions, n'est pas, en 1806, une *innovation.* Nos adversaires seront encore obligés d'avouer qu'une jurisprudence qui pendant tant de siècles a été suivie avec tant de rigueur, qui a régi les trois quarts, au moins, du terri-

(1) Le nom de l'orateur n'est pas donné dans le rapport auquel nous empruntons cette discussion.

toire français, et surtout cette partie du royaume où la population était la plus nombreuse, où les propriétés étaient le plus divisées, et où les transactions étaient le plus multipliées, que cette jurisprudence ne pouvait être le *fléau des propriétés.*

Sur ce point, comme sur toute partie de bonne législation, l'expérience nous garantit de toute inquiétude, et nous permet d'écouter, sans émotion, les prédictions désastreuses que peuvent, en dépit de l'expérience, enfanter les hypothèses et les théories.

On doit supposer que les parlements de Paris, de Bordeaux et de Toulouse n'auraient ni voulu, ni pu conserver aussi longtemps une jurisprudence qui aurait enfanté tous les désastres dont on assure qu'elle sera la cause ; et la France n'était pas au XVe, XVIe, XVIIe et XVIIIe siècles un pays peuplé de sauvages, où les propriétés aient été livrées à la dévastation.

L'édit de 1551 n'a fait que consacrer une jurisprudence plus ancienne, et c'est dans l'article 6 qu'il prononce que les oppositions à *fin de distraire* doivent être *vidées et terminées avant le congé d'adjuger.*

La conséquence rigoureuse de cet article était qu'on ne pouvait plus admettre les oppositions *à fin de distraire* après le *congé d'adjuger.*

L'article 4 du règlement du 23 novembre 1598 en contient la disposition expresse ; et cette règle fut observée tant au parlement que dans les juridictions dont les juges, comme ceux des requêtes du palais, étaient du corps du parlement. La règle était moins sévère pour les juridictions inférieures ; au Châtelet de Paris, conformément à l'article 354 de la coutume, on admettait l'opposition à fin de distraire jusqu'à l'adjudication.

Mais à Paris, à Orléans, et dans le ressort immense du parlement de Paris, l'adjudication une fois prononcée, l'opposition à fin de distraire n'était plus reçue, ou, en d'autres termes, la propriété des biens adjugés était purgée par le décret.

Les auteurs attestent même qu'antérieurement à ces lois,

non-seulement les décrets forcés mais même les décrets volontaires purgeaient la propriété.

C'était un abus : il fut réformé ; mais le même parlement qui le fit cesser maintint dans son intégrité le principe qui voulait que le décret forcé purgeât la propriété.

Il n'y a jamais eu d'exception que pour une propriété totale, pour un corps de propriété : cette exception était fondée sur une autre maxime, d'après laquelle la saisie *super non domino* était nulle.

On trouve la confirmation de cette règle ancienne dans une loi moderne, dans la belle ordonnance du mois d'août 1747 sur les substitutions. On lit en effet (art. 55) que *les abjudications par décret forcé des biens substitués ne pourront avoir aucun effet contre les substitués*, LORSQUE LES SUBSTITUTIONS AURONT ÉTÉ PUBLIÉES ET ENREGISTRÉES. Ce qui veut dire que si la substitution n'a pas été enregistrée, les biens rentrent dans la clause des immeubles ordinaires, dont la propriété se purge par le décret.

On ne considérait même nullement quels étaient les propriétaires. Les mineurs, pourvus ou non de tuteurs, les femmes mariées, les absents, perdaient leur propriété s'ils avaient négligé de former leur opposition à fin de distraire dans le temps accordé par la loi.

L'Eglise même était, comme les particuliers, soumise à la rigueur de la règle ; et ce corps privilégié perdait, par la force du décret, un bien qu'il n'aurait pu aliéner.

Ce n'était pas seulement dans le ressort du parlement de Paris qu'on jugeait ainsi. La même règle recevait son application dans les ressorts de plusieurs autres parlements, notamment dans ceux de Toulouse et de Bordeaux.

Suivant l'article 14 du règlement fait par le parlement de Toulouse le 23 décembre 1656, *après l'expédition du décret, on n'est pas reçu à demander* LE RECOUVREMENT DES BIENS DÉCRÉTÉS, *ou contre iceux* FORMER OPPOSITION PAR QUELQUE MOYEN QUE CE SOIT.

Cette jurisprudence est non-seulement attestée par *d'Héricourt*, qui cite le règlement de 1566, mais par *Radier*, qui, dans ses *Questions sur l'ordonnance relative aux usages du parlement*

de Toulouse, atteste la même jurisprudence, et cite à l'appui la déclaration du roi, du 16 janvier 1756, rendue pour les adjudications par décret dans le ressort du parlement de Toulouse.

Bourjon affirme que cette jurisprudence est le droit commun de la France, et son système est absolument celui du projet.

Henrys (t. II, p. 249) dit : *Au parlement de Bordeaux les décrets purgent* LES SUBSTITUTIONS, *suivant la note mise sur les décisions de* Lapeyre, *lettre D*, *nombre* 5. *Il est certain et de jurisprudence que les décrets purgent toutes sortes de substitutions et contre toute personne*, *soit majeure*, *ou mineure*, *ou absente.*

Tous les auteurs, et *Pothier* est de ce nombre, remarquent que cette règle peut paraître dure à ceux qui ne sont pas encore pénétrés des principes qui doivent guider la législation ; mais ils ajoutent que cette règle est nécessaire ; que, sans cette garantie, les parties saisies ne verraient jamais leur libération, parce que personne ne voudrait acquérir des risques et des procès.

Et c'est dans la sévérité même de cette règle, et dans sa stricte exécution, si longuement maintenue par des corps essentiellement conservateurs des propriétés, que l'on doit trouver des motifs de la nécessité de la règle elle-même.

2o. *Abstraction faite de toutes ces lois positives*, *la nature des choses nous aurait conduits à insérer dans le projet de code le principe que le décret purge la propriété.*

Il faut considérer dans un décret trois intérêts :

Celui du créancier,

Celui du débiteur,

Celui de l'adjudicataire.

Les créanciers ont évidemment intérêt à ce que le bien saisi soit vendu au plus haut prix.

Le débiteur a sans doute le même intérêt, puisque sa libération augmente à proportion du prix.

L'adjudicataire a intérêt d'acheter avec sécurité ; et ce n'est que par cette sécurité qu'on pourra le déterminer à donner au bien qui va être adjugé sa valeur.

Il est facile de démontrer que ces trois intérêts ne peuvent

être satisfaits que par la maxime si longtemps admise qui veut que le décret purge la propriété.

Tout le monde sait que dans les transactions *volontaires* la partie qui a besoin de vendre a grand soin de justifier de tous les titres qui assurent sa propriété. Tout le monde sait encore que, dans cette vente *volontaire*, quoique les notaires et les conseils de l'acquéreur puissent faire, sur les titres qu'on leur livre, le plus scrupuleux examen, il n'arrive cependant que trop souvent que ces acquisitions donnent encore ouverture à des procès sur la question même de la propriététotale ou partielle.

Tout le monde sait aussi que dans la vente *forcée*, aucun titre n'est présenté à l'acquéreur ; la partie saisie, toujours en guerre avec le saisissant, n'a garde de les offrir ; et il était même reconnu qu'on ne pouvait la forcer à en faire une remise qu'elle eût facilement éludée.

Ainsi, le saisissant et les créanciers n'offrent à l'acquéreur d'autres titres pour sa sécurité qu'une possession présumée qu'aucun acte ne garantit.

Tous ces désavantages étaient sentis, et on n'avait reconnu qu'un seul moyen pour les faire disparaître ; c'était la maxime consacrée qui voulait que le décret purgeât la propriété. Le jugement d'adjudication dispensait de tout autre titre.

Cette disposition a été adoptée par la même nécessité dans des circonstances analogues. Les biens nationaux ont été mis en vente ; les titres manquaient : ils ont été suppléés comme dans les décrets, et tous les jours le conseil d'Etat applique à ces ventes la maxime que la vente nationale a purgé la propriété.

Mais si, ne pouvant offrir aucun tire à l'acquéreur, vous lui annoncez encore par votre code que cette propriété qu'on lui vend ne lui sera pas garantie ; que les portions qui peut-être ont seules motivé son acquisition pourront lui être enlevées sans qu'il puisse exercer aucun recours ; si vous n'offrez à l'acquéreur aucune sûreté dans son contrat, et pour toute perspective une expropriation ruineuse, et des procès plus ruineux encore, il arrivera de deux choses l'une, ou qu'il ne se présen-

tera pas d'acquéreurs, ou que ces acquéreurs ne donneront pas du bien sa valeur ; et sur la différence du prix, l'acquéreur se donnera une prime de garantie contre les expropriations éventuelles dont vous le menacez.

De là, 1o. la ruine complète de la partie saisie, ce qui est déjà un mal ;

2o. La ruine des créanciers, ce qui est un plus grand mal : car c'est aussi une propriété qu'une créance ; car c'est une classe nombreuse et respectable que celle des créanciers, aussi respectable et bien autrement nombreuse que celle des propriétaires. Chose étrange, nos adversaires semblent compter cette propriété pour rien : pour eux, ceux qui possèdent la terre est tout ; le créancier hypothéqué sur cette terre n'est rien.

On nous dit sans cesse que nous ne nous occupons que de l'acquéreur, et que nous négligeons le propriétaire ; c'est une erreur. Dans notre système, nous embrassons les intérêts de tous les propriétaires, celui du propriétaire de la terre, à qui nous offrons des moyens infaillibles de conserver sa propriété ; celui du propriétaire créancier, dont par notre système, nous conservons le gage ; celui du propriétaire acquéreur, dont nous garantissons l'acquisition ; et même celui du propriétaire saisi, dont, par notre système, la propriété produit le plus possible la libération. Nos adversaires, au contraire, ne s'occupent que d'un seul propriétaire, celui de quelques portions éparses qui ne seront perdues que par sa faute ; ils sacrifient à ce propriétaire négligent le créancier, l'acquéreur et la partie saisie.

3o. Par votre disposition vous empêchez, autant qu'il est en vous, que le propriétaire que vous voulez cependant protéger puisse trouver des emprunts à un prix raisonnable sur un immeuble ; car le prêteur pourra craindre que s'il doit un jour exproprier pour se rembourser, le mode seul de l'expropriation *forcée* avilira le bien et en diminuera la valeur.

4o. En dernier résultat, vous introduisez une différence de prix dans des biens de même valeur ; et, dans ce grand commerce des propriétés immobilières, vous rétablissez légalement, et à perpétuité, la *différence* dont la vente passagère des biens nationaux avait flétri la masse des propriétés françaises.

Voilà une partie des motifs qui, abstraction faite des lois et d'une expérience de plusieurs siècles, ont conduit les auteurs du projet à prononcer que *le décret doit purger la propriété.*

Ce projet de code a été envoyé aux tribunaux d'appel ; chacun d'eux a fait, contre chaque partie du code, des observations longues, souvent utiles, mais aussi quelquefois minutieuses. Pas une voix ne s'est élevée contre cette disposition, et cependant cette disposition anéantissait le dernier état de la législation sur cette matière et rétablissait l'ancienne jurisprudence. Croyons que les motifs qui avaient provoqué et maintenu cette ancienne jurisprudence ont provoqué cette approbation unanime de son rétablissement.

On s'est beaucoup récrié sur quelques inconvénients de cette jurisprudence, que l'on a exagérés. Nous avouons qu'elle a quelques inconvénients ; sans doute que les parlements les ont sentis aussi bien que nous, car ils mettaient chaque jour cette jurisprudence en pratique. Et quelle est la loi, quels sont les établissements humains qui n'aient aucun inconvénient ? Mais, et les parlements, qui ont peut-être provoqué la loi, et les cours d'appel, qui approuvent la résurrection de cette loi, ont senti que la jurisprudence opposée avait des inconvénients plus graves, et nous en avons relevé quelques-uns au nombre desquels sont la ruine des créanciers et l'avilissement des immeubles ; et ils ont cru comme nous que les avantages surpassaient les inconvénients.

A la longue énumération des inconvénients nous opposons l'expérience de quatre cents ans ; nous opposons le silence de la France entière, qui a demandé l'abolition des saisies réelles et des baux judiciaires, mais qui n'a jamais demandé la suppression du principe conservateur que le projet de code rétablit.

Mais on dit : tout ce système ancien était fondé sur le bail judiciaire : il ne peut substituer sans lui. Le bail judiciaire seul pouvait avertir le propriétaire dont on envahissait la propriété.

Il est facile de répondre, 1o. qu'il faut bien que le bail judiciaire n'ait pas suffi pour avertir les propriétaires, puisque, malgré cette formalité, quelques propriétaires ont été évincés ;

2o. Que le moyen que nous offrons vaut mieux que ce bail judiciaire réprouvé par la France entière. Par le principe consacré dans l'article 722 du projet ; par cette disposition qui veut que je puisse réclamer, si le bien que l'on veut m'enlever a été inscrit, sous mon nom, sur le rôle des impositions, et n'a pas été inscrit sous le nom de la partie saisie, je trouve une garantie bien plus forte que dans le bail judiciaire. Dans bien des cas, comme lorsqu'il s'agissait d'un bois qui n'avait pas l'âge, ou de terres vagues, le bail judiciaire ne pouvait donner aucun éveil, car il ne faisait aucune expropriation. Dans notre système, la garantie de non-éviction existe dans tous les cas ; et si vous trouvez suffisante la mesure du bail judiciaire qui donnait l'éveil par l'expropriation, vous devez préférer une mesure qui dispense même de cet avertissement ; une mesure qui dépend de vous, et qui vaut toujours mieux que l'avis le plus formel qui dépend d'un autre.

Mais, a-t-on ajouté, jamais les rôles n'ont prouvé autre chose que la *possession* et non la *propriété*. Nous en convenons ; mais, d'après les dispositions du code, les rôles des impositions prouveront la propriété : ce sera une formalité comme celle de l'enregistrement.

La section a cependant cru que l'ancien ordre pouvait être amélioré, et qu'il était possible de faire disparaître de l'ancienne jurisprudence quelques inconvénients.

3o. *Quelles sont les modifications qui, dans notre projet, ont amélioré cette partie de notre législation ?*

1o. La jurisprudence ancienne énoncait vaguement qu'il fallait que l'objet principal appartînt à la partie saisie. La section a pensé qu'il fallait que ce principal entrât au moins pour les trois quarts dans la totalité.

LA RÉDACTION.

(*A continuer.*)

LA THÉMIS

REVUE DE LÉGISLATION, DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE.

RÉDIGÉE PAR

L'HON. T. J. J. LORANGER.
B. A. T. DE MONTIGNY, Avocat.
E. LEF. DE BELLEFEUILLE, Avocat.
CHS. C. DE LORIMIER, Avocat.
EDOUARD A. BEAUDRY, Notaire
JOSEPH DESROSIERS, Avocat.

VOL. I. MAI 1879. No. 4.

SOCIETES DE CONSTRUCTION.

UNE QUESTION A LEUR SUJET.

Depuis plusieurs années l'attention des hommes sérieux est attirée vers des institutions de crédit appelées Sociétés de Construction. Pendant longtemps elles ont été l'objet non-seulement d'une admiration, mais même d'un engouement fatal à elles et à ceux qui pensaient y trouver un refuge contre les revers de la fortune. Aussi leur but semblait-il inviter une classe nombreuse à bénéficier de leurs faveurs, et, disait le § 2 de la sect. 1ère des S. R. B. C., tirée de 12 V. c. 57, " telle société sera formée aux fins de prélever, par souscriptions périodiques, un fonds capital destiné à procurer à chaque membre les moyens de recevoir, à même les fonds de la société, le montant ou la valeur de son ou de ses actions en iceux pour construire ou acheter une ou plusieurs maisons ou autres biens fonds."

Ces institutions n'étaient pas des sociétés de secours mutuels, sociétés dont l'organisation est très-ancienne, qui depuis trente ans rendent d'immenses services en France, et qui en ont

rendus ici, quoique des raisons mesquines aient fait écrouler le plus grand nombre d'entre elles.

Ce n'était pas non plus des institutions de la nature de ces associations de crédit foncier, qui ont pris naissance en Allemagne, et qu'un décret du 28 février 1852 donna à la France en dotant la propriété d'un mode de crédit à long terme, système qui repose sur le principe de la libération par amortissement. Soumis à des règles très-sévères, investis de priviléges qui assurent le prompt recouvrement de leurs avances, ces établissements inspirent confiance par l'émission de lettres de gage qui invitent les capitalistes à faire des placements solides et les emprunteurs à des remboursements faciles.

Ces sociétés dites de construction, nous les avons empruntées de l'Angleterre où le statut 6 et 7 Guillaume IV, ch. 32, sur lequel elles furent originairement fondées, et où l'acte des Sociétés de Construction de 1874 (37-38, V. ch. 42) sont maintenant la loi fondamentale.

Les Etats-Unis ne manquèrent pas d'adopter un instrument si puissant de spéculation et si propice à leur esprit financier. Un grand nombre de ces sociétés furent organisées sous l'acte de New-York du 5 avril 1853, autorisant la formation de corporations pour l'érection de bâtisses.

Le Haut-Canada leur accorda l'hospitalité par le Statut 7 Victoria. Il existait un acte pour l'incorporation de certains individus sous le nom et raison de la Société de Construction de Montréal (8 V. c. 94) quand, en 1849, fut passée la 12 V. c. 47, afin d'encourager ces sociétés.

La loi qui les régit maintenant est celle contenue au ch. 69 des Statuts Refondus du Bas-Canada, amendé par l'acte fédéral 40 Vict. ch. 50.

Quelle est la nature de ces institutions ? La sect. 13 de l'acte anglais déjà cité donne une assez juste idée de leurs opérations en Canada, car ceux qui s'en sont plus spécialement occupés ont particulièrement puisé leurs renseignements aux commentateurs de la métropole, sans se soucier toujours des dispositions incompatibles avec notre législation : " Un certain nombre de personnes, dit-il, peut établir une société sous le

dit acte, soit temporaire, soit permanente, dans le but de prélever par souscription de ses membres un fonds ou capital, pour de ces fonds faire des avances aux membres sur garantie hypothécaire."

On voit que la disposition de l'acte anglais pourvoit d'un seul trait à la formation d'un capital *mobile* ou *permanent*, tandis que c'est à deux reprises que les lois canadiennes en dictent la création. Une autre différence profonde est dans la garantie que le statut anglais exige être hypothécaire, tandis que le nôtre permet que les avances soient faites sur garanties hypothécaires ou autrement.

Quoiqu'il en soit ces corporations fournissent un moyen de faire des placements, car, dit le statut, lorsque des actions dans telle société sont payées ou sont devenues dues et payables au porteur, le porteur de telles actions peut soit retirer de telle société le montant de telles actions, ou placer le montant de telles actions dans la dite société, et en recevoir périodiquement telle part des profits faits par elle et déterminé par règlement, et le montant de telles actions ainsi placées devient le capital ou les actions fixes et permanentes de la société, et elles n'en peuvent être retirées, mais sont transférables.

Ces sociétés offraient aussi aux prévoyances un port qui leur paraissait assuré où, à l'abri des revers, elles pouvaient épargner quelques sous grossis au moyen des négligences ou des nécessités des co-associés.

Il n'est pas étonnant que durant les années dernières, où la fièvre des spéculations donnait le vertige à beaucoup d'ambitions, l'on ait vu surgir tant de ces institutions qui variaient leurs programmes et annonçaient des opérations d'une hardiesse extrême. L'un y trouvait le moyen de se faire un chez lui à peu de frais, l'autre y rêvait l'idéal de devenir locateur ; celui-ci avait résolu le problême de faire fortune sans efforts ; celui-là d'exploiter la crédulité humaine, en offrant sur le marché des parts qui paraissaient encore au premier échelon de la hausse ; des capitalistes y trouvaient le moyen de pratiquer légitimement l'usure ; le marchand y voyait une cachette à l'épreuve des perquisitions des créanciers ; les notaires, les

avocats, qui le dirait, y choyaient un client au berceau ; des médecins même s'y occupaient à d'autres choses qu'à pronostiquer les germes d'une maladie propre à entraîner sûrement la ruine de ces moribonds aux organes disproportionnés, qu'une alimentation déraisonnable devait étouffer dans les jours de commotion.

Comme toutes les sources de crédit dont on abuse, celle-ci a empoisonné l'existence de ceux qui ont voulu s'y désaltérer, et Dieu sait si ces Sociétés de Construction, appelées à rendre de grands services, ont contribué pour leur large part au désastre actuel.

De nombreuses questions ont été soulevées à propos de ces êtres fictifs, et nos tribunaux ont eu bien souvent à prononcer sur leurs prétentions exagérées ; mais maintenant que chacun de leurs membres cherchent à sauver les épargnes qu'ils y avaient portées, d'autres questions non moins intéressantes pour la science vont se multiplier et requérir les honneurs de la jurisprudence.

L'acte de faillite, ce refuge de tant de malheureux, aurait peut-être pu venir au secours des porteurs de parts de ces associations avant que le parlement fédéral eut passé dans la dernière session, une loi pour la liquidation de ces Sociétés ; mais des moyens plus en rapport avec les désastres devaient être tentés. L'un de ces moyens consiste à racheter de la Société les immeubles acquis par elle et de donner pour prix les parts que l'acheteur possède dans cette société.

La question qui surgit de ce fait est donc de savoir si une société de construction a droit de racheter ses propres parts ?

La raison de douter vient de ce que, contrairement à ce qui regarde les Banques, aucune loi ne défend cette transaction.

Pour élucider cette question il faut d'abord bien définir quelle est la nature des parts ou actions de ces sociétés par actions et connaître les forces qu'elles possèdent sous le rapport de leur transmission. Nous n'entendons parler ici que des parts permanentes.

Rappelons d'abord une chose élémentaire : c'est que dans les constitutions générales de ces corporations le capital est

divisé en parts égales et que la qualité de membres consiste dans la possession de ces parts, soit par souscription originelle, ou par acquisition subséquente de ces parts.

Or généralement, l'acte constitutif d'une telle corporation fixe le montant du capital, le nombre des parts à être souscrites, et c'est sous ces conditions que chaque membre consent à en faire partie ; et ces conditions doivent être remplies et être maintenues, toutes celles affectant la garantie ou les obligations des sociétaires doivent être regardées comme une violation du contrat intervenu entre lui et la corporation.

Par l'acte des Sociétés de Construction, les parts ne sont pas une propriété parfaite qui puisse être aliénée par la livraison de la chose elle-même et susceptible de possession actuelle et manuelle ; c'est une simple chose idéale, une chose en action, un droit d'action ; c'est une propriété dont la disposition est limitée à l'avénement de certaines conditions : aussi pour les parts permanentes le capital doit rester à la société, et il n'y a que les dividendes ou portion des profits qui puissent être réclamés par les actionnaires ou les possesseurs de ces parts. Elles ne peuvent être retirées ou placées permanemment que dans le cas où elles sont payées entièrement ou sont devenues dues et payables au porteur. Elles restent dans tous les cas inaliénables jusqu'à l'entier paiement, et, cet événement arrivant, elles deviennent la propriété de l'actionnaire. Jusqu'à cet événement et même après, si le porteur en place le montant dans la société, elles sont à la société et les actionnaires n'en peuvent toucher que les dividendes quand ils sont déclarés, car jusqu'à ce temps le profit en appartient au corps comme toute autre propriété qu'il a droit de posséder. Tout ce que peut faire l'actionnaire, c'est de transférer son droit dans la chose, sans livrer la chose elle-même qui est inaliénable vis-à-vis la société.

L'actionnaire responsable et solvable, dont les parts ne sont pas toutes payées ne peut pas, même dans le cas d'insolvabilité de la société, ou en prévision de tel événement, transmettre ses parts à une personne irresponsable et se décharger ainsi de son obligation.

La doctrine va même jusqu'à consacrer le principe qu'un souscripteur de parts ne peut pas rescinder son obligation de payer ses parts en entier en offrant l'abandon de ce qui est déjà payé.

Quant aux parts mobiles, c'est une obligation de payer à la société périodiquement des parts de fonds que le souscripteur peut retirer à un temps déterminé et même à l'avance en donnant des garanties.

Maintenant pour savoir quels sont les pouvoirs de ces sociétés, il faut en connaître la constitution.

La loi générale touchant les corporations, les lois touchant l'espèce d'association, le droit ou acte d'incorporation de chaque société et les règles ou règlements que ces actes leur permettent de faire, le tout soumis aux dispositions générales des lois, voilà ce qui régit l'existence de la corporation.

Quant aux Sociétés de Construction, elles sont donc soumises aux règles contenues au Code Civil, concernant les Sociétés par actions ; aux lois générales y contenues touchant les corporations ; aux dispositions du ch. 69 des S. R. B. C., concernant les Sociétés de Construction, amendé par 40 Vict. ch. 50, en tout ce qu'il a d'incompatible avec ce dernier, et enfin aux règles et règlements adoptés par chaque Société non incompatibles avec leurs lois fondamentales.

Ces lois leur dictent certains devoirs, leur accordent certains pouvoirs et les frappent de certaines incapacités.

Est-ce à dire qu'elles peuvent faire ce que la loi ne leur défend pas ?

Les individus ont droit de faire tout ce que ne défend pas la loi ; mais les sociétés n'ayant d'existence que par la loi, elles n'ont de pouvoir que ceux que leur donne la loi. Les individus peuvent faire ce qui ne leur est pas défendu ; mais les associations en général ne peuvent faire que ce qui leur est permis, ou ce qui est nécessaire soit directement ou indirectement pour atteindre leur but.

Les corporations étant créées pour un but spécial ne peuvent aller au-delà du cadre de leur entreprise. Et ce cadre leur est tracé par leur acte constitutif. Et ces corporations ne peuvent

faire des règlements qui leur confèreraient plus de pouvoir que leur en donne la loi.

Or nous chercherions en vain dans les actes généraux ou spéciaux des dispositions qui permettent aux Sociétés de Construction de racheter leurs propres parts.

La section 9 du 40 V. c. 50 dit bien que les Directeurs. .... pourront en général négocier, vendre, aliéner les immeubles, biens et effets de la Société, en la manière qu'ils jugeront devoir lui être la plus avantageuse. La sect. 11, qu'elle pourra vendre, hypothéquer et louer les immeubles hypothéqués en sa faveur qu'elle aura acquis. Mais rien ne va à dire qu'elle pourra recevoir pour paiement de ces aliénations ses propres parts.

Donc la loi n'autorise pas ce commerce expressément.

Découvrons-nous ce pouvoir dans le but que se propose les Sociétés de Construction ?

La sect. I, du 40 V. c. 50, dit : que les Sociétés seront créées......" dans le but d'offrir à leurs actionnaires un moyen de placer leurs épargnes, de les aider à acquérir des propriétés immobilières ou à libérer et améliorer celles qu'ils possèdent déjà, et d'offrir aux emprunteurs sur garanties immobilières, de fonds publics ou autres, des termes faciles d'emprunts et de remboursements......"

Peut-on dire que le droit de racheter ses propres parts soit nécessaire au but de telle Société ?

Non, évidemment non. Ce besoin n'existerait que pour servir les intérêts de quelques actionnaires préférentiels, des Directeurs surtout, intéressés alors à faire hausser la valeur des parts, à les offrir en prix de propriétés, même au pair lorsqu'elles sont en baisse, diminuant ainsi les sûretés des autres actionnaires qui comptaient sur un certain nombre de porteurs de parts solvables ; les créanciers de telle Société, qui ont de bonne foi contracté avec une corporation avec fonds déterminé et nombre de parts connu, se trouveraient, à la fin, en face de parts sans valeur, dont les possesseurs seraient réduits à un être composé de parts sans actionnaires et sans plus de responsabilité.

Ce serait donc ouvrir la porte à la fraude et à la rüine de nombreux actionnaires et des créanciers de bonne foi.

Et remarquons que les Sociétés sont frappées de cette incapacité comme fin de leur association et par conséquent comme moyens.

La loi donc ne leur permet aucune telle transaction, le but de l'association ne l'exige pas, la raison s'y oppose et l'équité la leur défend impérieusement.

Donc elles ne peuvent le faire, et c'est d'ailleurs une théorie parfaitement assise en Angleterre—et consacrée par la Cour de Chancellerie, le 3 mai 1870—et où il fut jugé : In re London, Hambourg and Continental Exchange Bank and Zuluetas, claim. " Unless the memorandnm and articles of association of a company contain in plain terms an express power enabling the company to purchase their own shares, such purchase is *ultra vires*, although the company may be empowered to deal in shares of joint stock companies generally."

Et dit Sir G. M. Giffard L. J. " Unless there is in plain terms a direct authority to purchase their own shares, it is clear, in point of law, and I have no hesitation in saying it is clearly understood among all men of business who give their mind to the subject that they cannot do so. There must be a clear and distinct power for that purpose." Law Reports. 6. Chancery, p. 444 et 450.

Brice, *Ultra vires*, page 875, embrasse cette opinion appuyée sur la décision intervenue dans la cause de Dodge vs. Woolsey qu'il cite : " It is now no longer doubted either in England or in United States, that Courts of Equity or both have jurisdiction over corporation, at the instance of one or more of their members to apply preventive remedies by injonction to restrain those who administer them from doing acts which would amount to a violation of charter, or to prevent any misapplication of their capitals or profits which might result in lessening the dividend of stockholder, or the value of their shares, as either may be protected by the franchise of a corporation, if the acts intended to be done create what is in the law denominated a breach of trust."

Nous le savons, quelques décisions contraires ont pu mettre ce principe en doute aux Etats-Unis, où l'on a été jusqu'à prétendre qu'une corporation peut recevoir son propre stock comme sûreté de ses avances, et où l'on a même décidé que par la loi commune une corporation peut commercer son propre stock et les parts ainsi acquises être ré-émises de nouveau. Mais les autorités anglaises, en cas de conflit doivent être suivies de préférence aux autorités américaines, puisque nos lois concernant les corporations ont été faites à l'instar des statuts anglais.

Nous nous attendons que l'opinion que nous émettons ici ne sera pas partagée par plusieurs de nos confrères du Barreau, mais comme pour toutes les questions controversées nous serons heureux d'ouvrir les pages de *La Thémis* à l'exposition d'une théorie contraire.

Montréal, Mai 1879.

B. A. T. DE MONTIGNY.

QUESTION NOTABLE

D'USUFRUIT ET DE DECRET JUDICIAIRE.

(*Suite.*)

2o. L'ancien système avait pour base les baux judiciaires et l'expropriation qui en était la suite. La section a adopté la disposition bienfaisante que renferme l'article 722 du projet, qui substitue au bail judiciaire et à son expropriation nécessaire à l'éviction d'un tiers la possession publique et non précaire des biens saisis qui, pendant trois ans avant la saisie, auront dû être en outre portés sur les rôles de la contribution foncière, sous le nom de la partie saisie.

3o. Enfin dans l'ancienne jurisprudence, l'opposition n'avait plus d'effet, même pour garantir à l'évincé son payement sur le prix, si cette opposition était formée après l'adjudication. La section a pensé que la justice exigeait que jusqu'à ce que ce prix eût été distribué, le propriétaire évincé eût le droit de former opposition pour être payé par privilége de la valeur de l'objet qui lui était enlevé.

Bigot-Préameneu dit que la question est tellement importante, que de part et d'autre on a cru devoir mettre ses idées par écrit. En conséquence il fait lecture des réflexions suivantes :

QUESTION.

Lorsqu'un créancier a fait saisir et vendre un immeuble comme appartenant à son débiteur, si tout ou partie de cet immeuble appartient à un autre que le débiteur, le tiers propriétaire doit-il, nonobstant cette vente, conserver le droit de revendication jusqu'à ce que le temps réglé par le Code Civil pour la prescription se soit écoulé ?

Il semble que la solution de cette question ne doive souffrir aucune difficulté.

Un créancier n'a aucun droit sur le bien qui n'appartient

pas à son débiteur. Il n'a aucun droit, ni de troubler cette propriété, ni encore moins de la faire vendre et de profiter du prix.

L'adjudicataire du bien vendu ne peut lui-même avoir plus de droit sur ce bien que n'en avait le débiteur.

Ces principes d'une justice évidente sont consacrés dans notre législation actuelle.

On lit dans la loi du 11 brumaire an VII, sur le régime hypothécaire et sur les expropriations forcées, la disposition suivante :

(Article 25.) *L'adjudication définitive ne transmet à l'adjudicataire d'autres droits à la propriété que ceux qu'avait le saisi.*

Dans le projet de Code de Procédure, on avait d'abord mis des dispositions portant l'éviction absolue de toutes les propriétés comprises dans l'adjudication. On a depuis modifié ces dispositions contre lesquelles plusieurs cours ont réclamé. On a proposé de distinguer le cas où les créanciers auront fait vendre un bien dont aucune portion n'appartiendrait à leur débiteur, ou dont il n'aurait pas au moins les trois quarts, et le cas où ce débiteur serait propriétaire de plus des trois quarts de ce bien.

Lorsque la totalité ou au moins les trois quarts n'appartiendront pas au débiteur, on reconnaît que le vrai propriétaire devra être, même après l'adjudication, admis à réclamer ; mais on ne lui donne que trois ans de délai.

Lorsque le débiteur sera propriétaire de plus des trois quarts des biens vendus, on veut que les propriétaires de l'autre portion soient dépouillés par l'adjudication, et on ne leur laisse d'autre ressource que de se présenter avant la distribution du prix, pour recevoir sur ce prix la somme proportionnelle à la valeur de leur héritage ; si le prix a été distribué avant qu'ils se soient présentés, ils perdront et l'héritage et sa valeur.

Quant aux charges réelles et aux servitudes autres que celles naturelles ou patentes sur le bien vendu, on propose de ne conserver cette espèce de propriété qu'au moyen d'inscriptions prises au bureau des hypothèques avant l'adjudication.

La distinction proposée et les effets qu'on veut lui donner

sont une théorie absolument nouvelle ; elle n'est établie sur aucun principe ; elle est subversive du droit de propriété.

Et d'abord, pourquoi proscrire ainsi le vrai propriétaire d'une portion du bien vendu, parce que cette portion ne s'élève pas au quart de ce bien ?

L'importance de l'héritage mal à propos vendu n'est point un motif de préférence ; on pourrait même dire que la loi doit encore plus veiller au maintien de la propriété des biens de moindre valeur. Le plus souvent ils appartiennent aux citoyens de l'état le moins aisé : ils composent toute leur fortune. Ce sont ceux qui ont le plus d'intérêt à le conserver comme à le bien cultiver.

Les auteurs de la distinction proposée reconnaissent que les créanciers qui ont fait vendre un bien dont les trois quarts n'appartiennent pas à leur débiteur sont coupables d'une telle négligence dans la recherche de ses propriétés, qu'ils ne doivent pas profiter de celles mal à propos saisies.

Si l'on reconnaît que la faute des créanciers est inexcusable lorsque les biens mal à propos vendus excèdent plus du quart de ceux qui appartenaient au débiteur, pourquoi altère-t-on le droit du vrai propriétaire, en ne lui donnant, pour revendiquer, que trois ans au lieu de dix ans, entre présents, et de vingt ans entre absents, qui est le terme fixé par le Code Civil pour la prescription ? On ne doit pas, dans un Code de simple procédure, déroger à une disposition aussi importante du Code Civil, à moins que l'on n'y soit forcé par une nécessité hors de doute ; et l'on n'est point dans ce cas.

Quant aux propriétaires de biens qui n'égalent pas le quart de ceux vendus, les motifs allégués pour que l'adjudication les dépouille irrévocablement, et qu'ils ne soient même plus admis à en réclamer la valeur sur le prix, s'ils ne se présentent pas avant qu'il ait été distribué, sont :

1o. L'indulgence avec laquelle on doit excuser l'erreur du créancier qui, ne connaissant point les titres de propriété de son débiteur, aura compris dans sa saisie quelques parties de bien appartenant au voisin ;

2o. La négligence des propriétaires de ces petites portions :

on suppose qu'ils ont été suffisamment avertis par les formalités publiques qui précèdent l'adjudication ;

3o. L'assurance dans laquelle doivent être les adjudicataires de n'être point troublés, si on veut éviter que les ventes soient faites à vil prix ;

4o. Enfin, l'exemple de l'ancien régime, dans lequel on suppose que des règles semblables étaient observées.

On trouve dans ces motifs plusieurs erreurs : on n'y découvre aucun principe qui puisse servir de base.

Si la négligence du créancier qui fait vendre un bien dont les trois quarts n'appartiennent pas à son débiteur est regardée comme inexcusable, on doit attribuer non-seulement à l'erreur, mais encore à une négligence, à la vérité moindre que dans le cas précédent, l'invasion de petites portions de biens.

Ce n'est ni sur le degré de négligence, ni sur une erreur des créanciers, que l'on peut établir à leur profit l'éviction d'un propriétaire qui ne leur doit rien.

A l'égard de la négligence dont on suppose le tiers propriétaire coupable, il faut d'abord observer que plus les parties de propriété seront petites, et plus il sera difficile de reconnaître qu'elles sont comprises dans la saisie. On pourrait, au contraire, présumer que le propriétaire de plus du quart des biens vendus aurait eu dans le procès-verbal de saisie, et peut-être même dans les placards affichés, des indications suffisantes. Si donc on avait un reproche de négligence à faire, il serait beaucoup plus fondé à l'égard de ce propriétaire. On n'a point admis contre lui un pareil motif d'éviction : il est inconséquent de l'admettre contre le propriétaire de moindre partie.

Mais d'ailleurs cette accusation de négligence n'est qu'un faux prétexte.

Quelles sont donc ces formalités si éclatantes, si notoires, que l'on regarde comme impossible que d'un bout de la France à l'autre, toutes les oreilles, tous les yeux n'en soient pas frappés ?

Ce sera un procès-verbal de saisie, dont les copies seront laissées aux greffiers des juges de paix, aux maires et adjoints des lieux, et qui seront déposées aux bureaux des hypothè-

ques ; les désignations de chaque pièce de terre devront y être énoncées ; mais personne n'ignore combien souvent elles sont obscures ou erronées, et ce serait au moins la matière d'une infinité de procès ruineux.

Des placards imprimés et affichés, et des insertions dans les journaux, ne contenant point le détail des biens, ne seront destinés qu'à donner l'avis de l'existence d'un procès-verbal de saisie dans les greffes indiqués : ces moyens d'avertissement sont même le plus souvent sans effet.

Les propriétaires éloignés n'ont aucune connaissance des placards affichés, et ceux qui sont sur les lieux ne s'occupent point à les lire, ou peut-être même ne savent pas lire.

Les neuf dixièmes des départements n'ont pas de journaux ; il n'y a pas un centième des habitants de ces départements qui les lise, et les avis relatifs aux mutations de biens sont ceux dont on s'occupe avec le moins d'attention.

Ainsi, dans la vérité, si l'on adoptait le système présenté, les propriétaires, sans pouvoir prendre confiance à de pareils avis, seraient tenus d'aller eux-mêmes ou d'avoir des agents pour aller sans cesse vérifier dans les divers bureaux d'hypothèques s'il y a des procès-verbaux de saisie. Il n'est donc point vrai que leurs oreilles ou leurs yeux soient frappés par des avertissements solennels et notoires, puisqu'ils ne sont même pas suffisamment avertis d'aller vérifier si on les dépouille.

Ces formalités sont bonnes à l'égard des créanciers, et pour avertir des enchérisseurs qui recherchent des occasions d'acheter ; elles seraient insuffisantes et vexatoires à l'égard des tiers propriétaires.

Il est vrai que dans le projet de Code il y a, en faveur des propriétaires de petites portions, une disposition qui servira de garantie au plus grand nombre. On ne les assujettit à l'éviction que dans le cas où le débiteur aura, de son chef, et comme propriétaire, par lui ou par ses fermiers, exploité publiquement ces biens, et que, pendant le même temps, ils auront été portés sous son nom sur le rôle de la contribution foncière.

Si l'on reconnaît que la possession doit être la sauvegarde de la propriété, pourquoi déroger en même temps aux prin-

cipes sur la possession ? Pourquoi le temps de la prescription contre un propriétaire dépendrait-il de ce que les biens d'un voisin auraient été saisis ? On doît présumer que les débiteurs qui font mal leurs affaires sont les plus enclins à l'usurpation. Pourquoi leur donner cette facilité, cet encouragement ?

Pour que le créancier ne fût assujetti à vérifier sur les lieux la possession que pendant trois ans, il faudrait que les recherches pendant une plus longue période ne fussent pas possibles. Il doit la vérifier pendant le temps suffisant pour établir sa propriété.

Au nombre des considérations qui, dans le Code Civil, ont déterminé le temps de la prescription, est celle de la possibilité de prouver pendant ce temps la possession.

Lequel est tenu de prendre toutes les précautions, de faire toutes les recherches ? N'est-ce pas le créancier qui fait vendre des héritages pour profiter de leur prix ?

On reconnaît, à l'égard du propriétaire d'une partie excédant le quart des biens saisis, que nonobstant la possession de trois ans antérieure à la saisie, il n'est pas dépouillé par l'adjudication, et on lui donne encore trois ans ; il pourrait même arriver que la prescription contre le propriétaire de plus du quart fût près d'être accomplie au temps de la saisie, et qu'elle se trouvât prolongée de près de trois ans après l'adjudication, tandis que l'on réduit à trois ans la prescription contre le propriétaire de moins du quart. Il y a dans ce système de l'inconséquence et de l'incohérence.

Dira-t-on qu'en exigeant de la part du débiteur une possession de trois ans, les exemples d'une éviction injuste seront très-rares ?

On observera que si, comme on est fondé à le croire, ces exemples d'éviction sont très-rares, ils le seraient encore plus à l'égard des propriétés considérables. On connaît mieux et on laisse moins usurper de grandes propriétés que de petites. Si la rareté des exemples était un motif pour prononcer l'éviction dont il s'agit, il faudrait donc plutôt encore la prononcer pour les grandes propriétés que pour les petites.

La rareté des exemples d'éviction n'est-elle pas un des plus

puissants motifs de ne point changer les règles sur la prescription ? On ne fait et on ne change les lois que pour les cas ordinaires : il n'y a donc ici aucune nécessité de déroger au Code Civil.

On suppose, et c'est le second motif allégué contre les propriétaires de petites portions, qu'il suffira que les adjudicataires ne soient point assurés qu'il n'y aura aucune revendication, pour que les adjudications se fassent à vil prix.

S'il y avait à cet égard un risque réel, il n'intéresserait que le débiteur et ses créanciers, puisqu'on suppose que l'adjudicataire calculerait, et même abusivement, ce risque à son avantage.

Cet inconvénient, s'il était réel, ne suffirait pas pour intervertir le droit de propriété d'un tiers. Mais il y a surtout, lorsqu'il ne s'agit que de biens peu considérables, contradiction de soutenir, d'une part, que les exemples d'éviction seront très-rares, et que par ce motif il ne peut pas y avoir un risque réel ; et, d'une autre part, que les adjudicataires seront frappés d'une terreur chimérique, sans que ni les instructions qu'ils auront prises sur les lieux, ni leur concurrence, puissent porter le prix du bien à sa valeur. La loi doit présumer que cette sorte d'équilibre résultant de calculs habituels et faciles se rétablira ; elle ne doit point, en abrégeant la prescription, causer un préjudice réel au droit de propriété, dans la seule vue de guérir les adjudicataires d'une terreur sans fondement.

Enfin, les auteurs du projet de Code croient pouvoir appuyer leur système d'éviction sur l'exemple du passé. Ils exposent que depuis l'édit du mois de février 1552, connu sous le nom d'*édit des criées*, les sentences d'adjudication ont été des titres à l'abri de toutes recherches de la part des propriétaires qui, pendant le cours de la procédure, n'avaient pas réclamé leurs droits.

Si l'on veut s'appuyer sur l'expérience du passé, il faut commencer par une vérification exacte de l'état ancien de la législation et de la jurisprudence.

Et d'abord, dans plusieurs parties de la France, on avait conservé la pureté et la simplicité des principes du droit romain,

suivant lesquels jamais la propriété des voisins du débiteur ne pouvait être compromise que par le temps ordinaire de la prescription : c'est ainsi qu'en Provence, en Dauphiné, dans la Bresse, on l'a toujours pratiqué.

Les premières dispositions que l'on trouve sur les ventes forcées, dans nos anciennes lois générales, sont quelques articles de l'ordonnance de *François Ier* du mois d'août 1539. Dans l'un de ces articles (le 18e), il fut décidé que si l'action sur laquelle on fondait la demande en distraction avait été ouverte depuis plus de six ans sans avoir été intentée, elle ne pourrait retarder l'adjudication, et qu'il n'y aurait de recours que sur le prix.

C'était une espèce de prescription du genre de celles que l'on veut introduire ; il fut bientôt reconnu que cette mesure était trop rigoureuse, et elle fut abrogée par un édit du mois de février 1549 : *Nimis dura abrogata ;* ce sont les expressions mêmes de Dumoulin, dans ses notes sur l'ordonnance de 1539.

L'édit de 1552 n'eut aussi pour objet que d'abréger les formalités des criées et les procédures sur les oppositions de toute espèce faites avant l'adjudication. On ne voulait pas que l'adjudication fût aussi longtemps retardée ; on régla qu'il y serait passé outre, lorsque l'opposition à fin de distraire n'aurait pas été faite à l'époque indiquée de la procédure, dans les délais et avec les formes que cette loi prescrit. On n'y a rien prononcé de contraire aux anciens principes à l'égard des propriétaires qui ne s'étaient point opposés avant l'adjudication.

Cette loi avait les mêmes dispositions sur l'effet des oppositions à la fin de distraire, c'est-à-dire de réclamer, soit une partie du bien saisi, soit même la totalité. Et cependant, il est reconnu que quand il s'agissait de la totalité du bien saisi, l'accomplissement de toutes les formalités de l'édit des criées ne suffisait pas pour que l'adjudication pût être opposée au propriétaire. C'est par l'autorité de la jurisprudence, plutôt que de la loi, qu'il a établi dans le ressort du parlement de Paris que le propriétaire de partie du bien saisi, ayant été actuellement et solennellement dépossédé par l'établissement d'un commissaire et par un bail judiciaire, était censé avoir

consenti à la vente de son bien pour n'en recevoir que le prix.

Ce serait une erreur d'assimiler à une dépossession solennelle et actuelle par les ministres de la justice, l'usurpation que dans le projet de Code on suppose avoir été faite par le débiteur depuis plus de trois ans. L'usurpation est presque toujours furtive. L'usurpation profite de l'ignorance où est le vrai propriétaire de l'étendue de ses biens, de son éloignement, de sa minorité, et de toutes les causes qui l'empêchent de veiller sur toutes ses propriétés. On ne peut pas dire que la dépossession furtive de l'usurpateur, lors même que par une suite de cette dépossession les formalités des criées sont remplies à l'égard du bien usurpé, soit pour le propriétaire un avertissement comparable à sa dépossession directe et solennelle à l'époque même de la saisie. On ne pourrait pas citer un seul arrêt qui ait rejeté la revendication sur le prétexte d'une prescription commencée ; et l'on a vu que si en 1539 on voulut établir une prescription du même genre pour laquelle on exigeait six ans, cette disposition fut bientôt révoquée.

Au surplus, cette jurisprudence du parlement de Paris n'a point été suivie par tous les autres.

Plusieurs ont mieux aimé maintenir le principe suivant lequel un créancier ne peut avoir, en aucun cas, plus de droit que son débiteur, plutôt que de violer ou de modifier ce principe par une simple induction tirée des formalités prescrites dans l'édit de 1552.

Les recherches sur cette partie de la législation dans l'ancien régime ne peuvent servir à autoriser une innovation qui ne s'y trouve point ; et lors même qu'on pourrait établir qu'elle a des rapports avec la jurisprudence du parlement de Paris, toujours serait-il certain qu'elle serait contraire à la jurisprudence des parlements qui, soit en se conformant au droit romain, soit en interprétant mieux les dispositions de l'édit de 1552, ont maintenu les principes de propriété dans leur plénitude.

On doit en conclure qu'il n'y a point de nécessité de violer ces principes. On ne voit pas que dans les pays où ils ont été

suivis, on se soit plaint que les adjudications aient été faites à vil prix, ni que les revendications postérieures aux adjudications aient été fréquentes. Il paraît même constant que depuis la loi du 11 brumaire an VII, de pareilles revendications ont aussi été extrêmement rares, quoique la procédure qui précédait l'expropriation fût de très-courte durée, et qu'il n'y eût pas de dépossession par la justice avant l'adjudication.

A l'égard des servitudes et droits fonciers sur les biens vendus, on propose de ne les conserver que par le moyen d'inscription au bureau des hypothèques.

Les servitudes et droits fonciers sont aussi des droits de propriété ; on doit leur appliquer la plupart des raisonnements employés pour le maintien de la propriété. C'est ici la faire dépendre d'une formalité qui, pour plusieurs, pourra être fort dispendieuse, et qu'un grand nombre de propriétaires ne pourront remplir. Si, en effet, on excepte ceux qui exploitent par eux-mêmes, il en est bien peu qui connaissent les servitudes dépendantes de leurs biens.

Je demande, pour toutes ces considérations, qu'au lieu des dispositions du projet de Code relatives à la revendication, on mette la disposition suivante :

L'adjudication définitive ne transmet à l'adjudicataire d'autres droits que ceux qui appartiennent au saisi : et l'on ne pourra induire de cette adjudication et des formalités qui la précèdent aucune dérogation aux règles établies par le Code Civil sur la prescription.

L'ARCHICHANCELIER dit que la question ayant été traitée avec étendue, il est bon d'imprimer les deux écrits.

En attendant, l'archichancelier va donner au conseil quelques explications qui lui semblent utiles.

Les formes de la saisie réelle étaient autrefois très-longues. Les rédacteurs du projet se sont attachés à les simplifier, et c'est dans cette vue qu'ils ont aboli le bail judiciaire et les commissaires aux saisies.

Lorsque ensuite ils en sont venus à déterminer les effets de l'adjudication, ils ont emprunté les dispositions de l'ancien droit, sans examiner si elles pouvaient se concilier avec le droit

nouveau qu'ils avaient précédemment établi. En conséquence, ils avaient arrêté que le décret d'adjudication purgerait toute espèce de propriété.

Le tribunat, de son côté, s'est moins attaché à fixer les effets de l'adjudication qu'aux formes de la procédure proposées par la section du conseil.

Dans cet état de choses, il y a eu entre les deux sections une conférence qui s'est tenue en présence de l'archichancelier.

En examinant les difficultés sur lesquelles la conférence était engagée, l'archichancelier a pensé qu'avant de se jeter dans les détails, on devait attaquer la question principale.

Treilhard et Grenier ont dit que sur ce point on s'était conformé à la jurisprudence du parlement de Paris.

L'archichancelier a répondu que, lorsque cette jurisprudence s'est introduite, la procédure en matière de saisie durait de longues années ; qu'il y avait un bail, un commissaire ; qu'en conséquence, le propriétaire se trouvant toujours suffisamment averti, la question ne pouvait pas se présenter. Maintenant la procédure ne durera que trois mois, et ce changement sera sans doute très-utile ; mais aussi les mêmes moyens d'avertir n'existeront plus.

On objecte que l'inscription au rôle de la contribution et la possession les remplacent.

Mais l'usufruitier est inscrit au rôle des contributions tout comme le propriétaire, et, quant au titre de la possession, il n'est pas toujours facile de le connaître. Les parties seraient donc à la merci d'un greffier, qui fait un rôle que personne ne consulte.

Ces observations ont frappé, et Treilhard a dit que ce n'était pas là ce qu'on voulait ; qu'on n'avait pas eu en vue les grosses propriétés, mais seulement quelques petites propriétés éparses dans un domaine plus considérable.

Alors on est convenu de soumettre la question au conseil.

Déjà l'on s'est amendé, puisqu'il ne s'agit plus que du qu
c'est quelque chose ; mais il faut que la propriété soit
plus respectée. Les livres les plus usuels enseignen

dépossession est nécessaire. Qu'il y ait donc des baux judiciaires et des commissaires, ou qu'on les remplace par d'autres moyens qui avertissent aussi sûrement !

SIMÉON dit : Nous avions deux choses à concilier : d'un côté, l'intérêt général de porter à leur véritable prix les ventes forcées, d'y appeler beaucoup d'enchérisseurs, et pour cela, de mettre les adjudicataires dans une grande sécurité ; de l'autre côté, l'intérêt des tiers, dont les biens seraient mal à propos compris dans une saisie faite sur leur voisin.

Autrefois, dans une grande partie de la France, le décret forcé ou l'adjudication purgeait la propriété, c'est-à-dire dépouillait les tiers. On avait jugé que cela était utile, et même nécessaire pour qu'il y eût des enchérisseurs à juste prix.

La loi du 11 brumaire an VII sur les expropriations forcées déclara (article 25) que *l'adjudication définitive ne transférait à l'adjudicataire d'autres droits à la propriété que ceux qu'avait le saisi.*

Plusieurs commentateurs de cette loi regrettèrent qu'elle eût abrogé l'ancien principe, que le décret purgeait la propriété, et remarquèrent qu'on ne s'en était éloigné que parce que cette loi précipitait trop l'adjudication ; mais qu'avec un peu plus de délais, l'ancienne règle serait préférable, par cette raison que, dans l'adjudication forcée, on n'est point à portée de consulter les titres de propriété, soit pour savoir comment on achète, soit pour se défendre contre d'injustes revendications. D'autre part, on n'a contre l'ancien propriétaire ni contre le poursuivant la garantie qu'on a contre le vendeur dans les ventes volontaires. Ils en concluaient qu'il fallait revenir à l'ancien principe pour l'intérêt, non-seulement de l'adjudicataire, mais des créanciers et du saisi lui-même, parce que personne ne voulait pousser à un prix convenable un bien sur lequel l'adjudication ne lui donnerait que des droits incertains.

Les rédacteurs du projet de Code de procédure, frappés de ces raisons, avaient prononcé que le décret purgerait la propriété.

Il s'est élevé dans le conseil de graves difficultés.

Elles sont fondées sur ce qu'autrefois il y avait un bail judi-

ciaire, et des commissaires aux saisies qui recevaient le prix du bail ; que le bail dépouillait non-seulement le saisi, mais les tiers dont les biens avaient été confondus dans la saisie, et qui, avertis par la perte de leur revenu, avaient à s'imputer de n'avoir pas revendiqué ; au lieu qu'aujourd'hui, ne recevant plus un tel avertissement, ils pourront, a-t-on dit, être dépouillés à leur insu.

Nous répondons qu'au bail judiciaire, qu'il faut absolument proscrire, parce qu'il était ruineux, et à l'avertissement qui en résultait pour les biens, nous avons substitué des précautions qui garantissent suffisamment les tiers.

D'abord nous voulons que, pendant trois ans au moins avant la saisie, les biens aient été portés sur les rôles de la contribution sous le nom du saisi.

On a dit que souvent on ne fait pas sur les rôles les changements de nom qu'exigeraient les mutations de propriétés ; alors nous avons demandé que non-seulement le saisi fût porté sur le rôle des contributions comme possesseur, mais qu'encore il possédât publiquement, à titre de propriété, exploitant par lui ou par ses fermiers.

Enfin, nonobstant ces deux précautions, si la saisie a porté sur des biens étrangers ou saisis, et qui soient d'une valeur importante, relativement à la totalité de la saisie, si un quart de cette totalité n'appartient pas au saisi, nous admettons la revendication du tiers, même après l'adjudication.

On a dit qu'il n'y a pas de raison d'admettre la revendication pour un quart de la saisie, et de la refuser pour une moindre partie ; que souvent cette moindre partie est l'entier patrimoine d'un pauvre voisin, et que la loi lui doit autant de protection qu'à un voisin plus riche, qui serait reçu à revendiquer parce que sa propriété formerait un objet plus important dans la saisie. On accuse cette disposition d'être arbitraire et sans motif.

Son motif est pourtant bien évident : la saisie qui embrasse des biens dont le saisi n'est pas propriétaire, au moins pour les trois quarts, est suspecte de mauvaise foi ou d'une négligence grossière, qui équivaut à la mauvaise foi. Au contraire, la

saisie qui ne comprend que des portions modiques non appartenantes au saisi peut n'être taxée que d'erreur, d'une erreur souvent difficile à éviter. Nous excusons l'erreur, nous ne consacrons pas la mauvaise foi.

Lorsque les adjudicataires sauront qu'ils ne peuvent être inquiétés pour des revendications modiques, qui seront les plus fréquentes, ils redouteront moins de s'exposer à des revendications importantes qui seront extrêmement rares.

On dit que la dépossession faite autrefois par le bail judiciaire était un fait nouveau qui avertissait le tiers du danger où il se trouvait ; au lieu que dans la possession du saisi, antérieure à la saisie au moins depuis trois ans, il n'y a rien de nouveau pour le tiers : il continue à être sans avertissement direct, dans l'état de négligence où il se trouvait ; négligence qui ne pouvait lui faire perdre sa propriété qu'au bout de dix ans, tandis qu'à présent nous la lui faisons perdre par une dépossession tacite de trois ou quatre ans, parce qu'il est intervenu une saisie qu'il peut ignorer.

Quoique nous prenions tous les moyens que les lois ont introduits pour faire présumer la publicité des actes d'adjudication, il n'est pas fait une information directe et personnelle ; quoique nous exigions que la saisie contienne les noms des colons ou fermiers qui exploitent ; qu'elle contienne copie de la matrice du rôle des contributions ; que la copie entière du procès-verbal de saisie soit laissée aux maires des communes où chacun des biens saisis est situé ; que la saisie soit transcrite dans le registre du conservateur des hypothèques, et au greffe du tribunal où l'adjudication sera faite ; que l'adjudication soit annoncée dans des placards et dans des journaux, et qu'ainsi il soit difficile que le tiers ne soit pas averti, ou par la connaissance qui lui parviendra directement, s'il n'y est pas, par ses fermiers, par le juge de paix ou par le maire, je conviens que ces précautions ne l'avertissent pas aussi irrévocablement que la dépossession résultant du bail judiciaire.

Néanmoins, le bail judiciaire ne lui était pas intimé ; la privation de ses revenus, qui en résultait, existe dans notre système comme dans l'ancien système, puisque nous exigeons

que le saisi jouisse trois ans au moins avant la saisie. Dans le cas d'usufruit, le bail judiciaire n'avertissait pas le propriétaire.

Mais enfin, dans l'impossibilité de revenir au bail judiciaire que tout le monde repousse, il ne nous reste que d'adopter les précautions que nous indiquons pour le suppléer, ou de prononcer comme la loi du 11 brumaire an VII.

Mais ce parti a plus d'inconvénients que l'autre ; car il est extrêmement rare que l'on comprenne dans une saisie d'autres biens que ceux du débiteur. *Un membre du conseil* a dit qu'il s'est informé de plusieurs présidents de tribunaux, et qu'ils n'ont point d'exemple de revendication ; il cherche donc une garantie contre un danger qui n'est point arrivé, et qui ne peut être que très-rare. Au contraire, les adjudications sont fréquentes ; elles sont de tous les jours. Depuis l'an VII elles se font à vil prix ; elles ne s'élèveront jamais à leur véritable prix, si les adjudicataires n'y trouvent pas une extrême sécurité : voilà ce qui est à peser.

Entre deux inconvénients, il faut choisir le moindre ; entre l'intérêt des tiers, rarement compromis, et celui des saisis, de leurs créanciers, des adjudicataires, qui peut être lésé tous les jours par la crainte de revendications tardives, il faut se décider pour l'intérêt de tous les jours et du plus grand nombre. Il n'y a point de loi qui ne froisse quelque intérêt ; la meilleure est celle qui a le plus d'avantages et qui cause le moins de préjudice.

Je finirai en proposant une idée ; ce serait d'amender l'article 688, qui laisse le saisi en possession du titre de séquestre, et de statuer que si les fruits n'ont pas été saisis, ils le seront par le poursuivant, qui en fera constituer un séquestre. Alors, sans les inconvénients du bail judiciaire, on aurait cette dépossession actuelle et récente que l'on désire, comme un avertissement aux tiers.

Cretet dit qu'il y aurait plus de justice encore à s'occuper avec sollicitude de conserver la propriété entre les mains de l'acquéreur ; c'est porter le respect à la propriété un peu loin que d'en faire un motif de la troubler, car assurément on ne

la protége pas quand on la laisse incertaine jusqu'à ce que la prescription l'ait consolidée.

Mais ce système ne blesse pas moins la politique que la justice. Comment veut-on, en effet, qu'un homme qui ne sait pas bien s'il sera propriétaire achète pour faire des entreprises agricoles ou d'autres spéculations utiles ?

La vraie règle serait de se placer entre les parties.

C'est ce qu'opérerait la proposition de Treilhard. Cette considération dispense d'examiner si ce système est ou n'est pas fondé sur la législation ancienne. Déjà l'on a établi des prescriptions particulières pour les créanciers hypothécaires, parce qu'on a senti les inconvénients de prolonger pendant trente ans l'incertitude et le désordre : pourquoi ne ferait-on pas en faveur de la propriété réelle ce qu'on a jugé utile pour la propriété pécuniaire ? On convient que le terme doit être plus long ; mais le système de Treilhard satisfait à tout.

Bigot-Préameneu fait observer qu'il n'y a aucun rapport, aucune assimilation possible entre la matière qui occupe le conseil et celle des inscriptions hypothécaires.

Les inscriptions ne tendent qu'à conserver le droit. Le créancier est averti de recevoir. S'il ne se présente pas, il ne peut imputer qu'à lui-même, qu'à sa négligence, la perte qu'il éprouve ; il en est de même s'il ne s'est pas fait inscrire.

D'ailleurs, il faut bien prendre garde que le délai de trois ans n'est que pour le quart de la propriété.

Au reste, Bigot-Préameneu ne propose que de s'en tenir au droit romain, qui ne veut pas que la propriété de l'un réponde pour l'autre.

Si l'erreur du saisissant est excusable, celle du propriétaire qui ne s'est aperçu de rien doit l'être aussi ; il n'y a donc pas de motif pour déroger aux règles communes du Code Civil sur la prescription. Le dépérissement des biens ne peut plus servir de prétexte, car la procédure sera très-courte.

On a cité l'édit de 1551 ; cet édit ne contient point de dérogation. Ceux qui l'ont rappelé l'ont mal entendu ; et d'ailleurs, il n'y a pas nécessité de déroger.

L'adjudicataire n'est pas à plaindre ; s'il y avait quelque risque, il achèterait en conséquence.

Bigot-Préameneu termine en proposant de décider que l'adjudication définitive ne transfère à l'adjudicataire que les droit du saisi, et qu'il n'est pas, au surplus, dérogé aux règles établies par le Code Civil touchant la prescription.

Berlier dit que, s'il eût été présent à la primitive discussion du projet de Code, il eût vraisemblablement répugné à admettre aucun système tendant à purger la propriété même avec des modifications, tant cette idée est opposée à la constante doctrine du pays qu'il habitait.

Mais la question, reprise en comité particulier, s'est développée sous un tel jour, que Berlier s'est rendu aux vues des rédacteurs du projet de Code.

Sans récapituler de nouveau, dit-il, les localités qui anciennement admettaient que la propriété d'un tiers fût purgée par le décret forcé, ou rejetaient cette doctrine, ce qu'il y a de certain, c'est que les usages étaient divers, et qu'il y avait telle partie de la France où le décret forcé ne purgeait pas la propriété, tandis qu'il la purgeait dans le ressort de Paris et quelques autres ; bien entendu qu'alors il avait été précédé du bail judiciaire et de l'établissement du commissaire aux saisies réelles.

Ce qui est aujourd'hui proposé peut être considéré comme une transaction entre ces deux usages si opposés : la propriété du tiers pourra être purgée, mais seulement lorsque ce tiers aura été dépossédé pendant les trois années antérieures à la saisie, et que, pendant ce même temps, le saisi aura joui comme *maître*, et non à titre précaire, ce qui exclut du bénéfice de cette disposition la jouissance du mari, du tuteur et de tout usufruitier, et écarte ainsi les objections que l'on voudrait faire dans l'intérêt des femmes mariées, des pupilles, etc.

Dans cet état, la proposition est au moins digne d'une grande faveur ; car, en cette matière, il est rare que, soit le poursuivant, soit le tiers adjudicataire, contractent, comme dans les ventes volontaires, à vue de titres que rarement l'on

parvient à se procurer, et que le plus souvent le saisi cache ou emporte.

Les principaux documents consistent donc, par la nature des choses, dans la possession même où l'on a vu le saisi, et quand cette possession remonte à trois ans au moins, et qu'elle n'a pas eu lieu à titre précaire, ce document est d'autant plus grave que le propriétaire qu'on veut supposer dépouillé n'attend pas ordinairemenl trois ans pour réclamer.

Ajoutons que l'inscription du nom du saisi sur le rôle des contributions est encore une condition qui atteste le respect du législateur pour le droit des tiers.

Quelles sont les principales objections dirigées contre ce système ? Bigot-Préameneu vient de le repousser comme une innovation à l'ordre actuel réglé par la loi du 11 brumaire an VII, et comme un changement qui n'est nullement nécessaire.

La question n'est pas, dit Berlier, de savoir si cette modification est nécessaire, mais seulement si elle est utile, et nous ne sommes pas à une telle distance des temps qui ont précédé la loi du 11 brumaire, que la pensée ne s'y reporte aisément, et ne prescrive cet examen que nous ferons tout à l'heure.

Mais, a-t-on dit, c'est la loi qui veille pour la propriété, et elle ne doit pas permettre que le fonds de Pierre soit saisi et vendu pour celui de Paul.

Cette objection, prise dans sa plus grande simplicité et dans toute son acception, ferait la critique de beaucoup de lois ; car les fonds passent souvent d'une main à l'autre sans que la volonté ait présidé à la mutation, mais parce qu'on aura ou laissé prescrire sa propriété, ou négligé d'appeler d'un jugement qui l'aurait adjugée à un autre, etc., etc.

Mais, a-t-on ajouté, la prescription d'un fonds ne s'opère que par dix ans entre présents, et vingt ans entre absents ; d'où l'on a conclu qu'il fallait s'en tenir là, sans quoi l'on dérogerait au Code Civil.

Si l'on entend, dit Berlier, que la proposition actuelle tend à détruire la disposition du Code Civil, on se trompe ; elle ne tend qu'à la modifier dans un cas donné : or il n'est pas de principe, quelque juste qu'il soit, que de telles modifications

ne puissent atteindre ; notre législation en offre des milliers d'exemples.

Voyons donc si la modification est utile, et si l'intérêt de la société la réclame, car c'est là qu'est la question tout entière.

Si l'on ne veut apercevoir que l'intérêt du tiers qu'on suppose injustement dépossédé depuis trois ans seulement avant la saisie réelle, sans doute il faut rejeter la modification proposée ; mais le législateur ne doit-il pas aussi étendre sa sollicitude sur les créanciers qui saisissent de bonne foi et sur les tiers qui acquièrent de même ?

A défaut de titres qui les instruisent (et c'est le cas le plus commun, en décret forcé, comme on l'a déjà observé), ils voient une possession non précaire, non contestée, et au moins triennale dans les mains du débiteur ; quelle plus ample vérification voudrait-on leur imposer ? Celle-ci est déjà assez onéreuse ; cependant elle est possible, vu qu'elle s'applique au dernier état de la possession, et il a fallu garantir la propriété des invasions iniques.

Observons, continue Berlier, que cette condition est bien plus utile à l'ancien propriétaire que ne le serait le bail judiciaire même, car l'avertissement légal qui en résulterait ne serait que pour l'homme qui jouirait comme propriétaire au moment de l'interposition du bail ; or, supposera-t-on le fonds aux mains d'un usurpateur, cet avertissement n'irait plus à sa véritable adresse ; mais il devient inutile si la possession est au vrai maître du fonds, ou s'il l'a eue depuis moins de trois ans, puisqu'en ce cas la loi veille pour lui, et qu'alors, sans revendiquer, il ne peut être exproprié par l'adjudication : d'où il résulte que le nouveau système serait véritablement plus favorable aux droits de l'ancien propriétaire qui, avant la révolution, était observé à Paris.

Remarquons aussi qu'indépendamment de ces trois années de possession non précaire, nécessaires au saisi pour établir la bonne foi des saisissants et des tiers adjudicataires, le propriétaire aurait tout le temps intermédiaire entre la saisie et l'adjudication pour revendiquer, que ce temps sera long et marqué par des actes très-solennels, de sorte que si le proprié-

taire néglige de tels avantages, la loi, sans être injuste, peut bien le punir de sa négligence.

Qu'on cesse donc de vouloir présenter comme spoliatrice une disposition qui, bien comprise, n'est qu'une sage transaction entre divers intérêts forts opposés, et néanmoins tous favorables.

Mais pourquoi, a dit Bigot-Préameneu, modifier le droit commun pour des cas rares, et dont on ne cite même aucun exemple depuis la loi de brumaire an VII ? Voici la réponse :

Sans doute il sera bien rare que l'on saisisse et vende le bien de Pierre pour celui de Paul, 1o. parce que l'intérêt personnel est très-vigilant pour s'y opposer ; 2o. parce que la possession aura dû reposer antérieurement et pendant trois ans au moins sur la tête du saisi avec inscription de son nom sur les rôles de la contribution.

Mais ce qui ne sera point rare, ce sera le désir d'acquérir avec sécurité ; ce désir-là existera dans toutes les adjudications, et si, pour une fois sur cent (et peut-être moins), que la propriété pourra être compromise, on laisse le tiers acquéreur soumis toujours à des chances d'éviction auxquelles il ne puisse assigner d'autres limites que celles de la prescription ordinaire, le prix des fonds restera constamment inférieur à la vraie valeur ; ainsi le débiteur sera d'autant moins libéré, les créanciers d'autant plus évincés, l'acquéreur d'autant moins tranquille, et la société elle-même d'autant moins bien servie que le caractère fragile et précaire du fonds adjugé le suivra dans l'exploitation qui en sera faite.

Ces considérations majeures doivent faire donner la préférence au projet de la section qui, en écartant tous ces inconvénients, réserve aussi, comme il le devait, une assez bonne part à la propriété.

BIGOT-PRÉAMENEU dit que le système de Berlier est celui-ci : Un adjudicataire contracte avec la justice ; il doit donc avoir la plus entière sûreté. Mais on se contredit quand, d'un autre côté, on lui donne ensuite un temps pour vérifier. La question se réduit donc à savoir s'il aura pour vérifier un délai plus court que celui de la prescription.

Regnaud (de Saint-Jean-d'Angely) dit que Berlier ne considère que l'intérêt de l'adjudicataire et des créanciers. Il veut que le premier ait une entière sûreté, afin que, payant la chose à sa valeur, les créanciers en profitent. Mais il faut voir aussi le propriétaire.

En ne s'arrêtant qu'à l'adjudicataire, autrefois il n'avait rien à vérifier. Dans le système proposé il lui faudrait vérifier la possession et le rôle : or, cette vérification est aussi difficile pendant les trois ans qu'on lui donne que pendant tout le temps que le Code assigne à la prescription. Cette modification n'est donc pas un avantage réel pour lui.

D'un autre côté, les précautions ne sont pas suffisantes.

L'inspection du rôle des contributions n'offre que des renseignements douteux ; si, par exemple, les deux propriétaires ont le même fermier, et que le fermier soit chargé des impositions, combien n'est-il pas facile de se tromper ?

Ensuite, il est plus facile d'être dépouillé par surprise d'un quart que de la totalité d'un bien.

Que si l'on envisage la chose par rapport aux mineurs, voilà de nouvelles difficultés. Personne ne voudra être tuteur s'il lui faut répondre d'une négligence involontaire, et qu'il ne peut pas éviter. D'ailleurs, un tuteur à qui sa moralité a mérité la confiance de la famille peut très-bien n'être pas solvable.

Il en serait de même des femmes : elles se trouveraient dépouillées de leur bien dotal si leur mari était sans solvabilité.

L'intérêt de l'adjudicataire et des créanciers ne saurait être mis en balance avec tant d'autres intérêts sacrifiés, et surtout avec ceux des femmes et des mineurs.

Ce système est plus difficile à défendre avec la modification qu'on y apporte que s'il était absolu.

Regnaud (de Saint-Jean-d'Angely) ne se décide pas par l'autorité de l'ancienne législation, mais en considérant la chose en elle-même et en balançant d'un côté et de l'autre les inconvénients et les avantages.

Defermon dit qu'il n'ajoutera qu'une seule observation à

celles que vient de développer Regnaud (de Saint-Jean-d'Angely).

On a assimilé la vente d'immeubles par décret à celle qui se fait en foire. Mais en foire le vendeur est inconnu, et dès lors la foi publique devient la seule garantie de l'acheteur. Dans la vente des immeubles, au contraire, on connaît toutes les parties. Si le créancier a saisi ce qui n'appartenait pas à son débiteur, il n'en résulte assurément aucun droit pour lui, car la justice qui vend n'est pas le propriétaire ; elle ne peut donc lui transférer que les droits du saisi.

Réal dit qu'il se confirme de plus en plus dans sa première opinion.

D'abord, Berlier rappelle que l'ancienne jurisprudence dépouillait le tiers en entier, et parce que le système proposé adoucit cette antique aspérité, parce qu'il n'expose plus le tiers qu'à un sacrifice partiel, Berlier n'en veut pas.

Il se plaint aussi de ce qu'on force le tiers d'aller vérifier. Quand une saisie avait été faite *super non domino*, on ne se prévalait pas du décret, et pendant vingt ans il y avait des réclamations.

Quant à Siméon, il prétend qu'on ne stipule que pour des cas rares et qui forment exception, et il en conclut qu'il ne faut pas avilir habituellement sa propriété en faveur de quelques espèces qui ne se présenteront presque jamais.

Raisonnons par analogie : on a vendu les biens nationaux ; on en a beaucoup vendu ; ils l'ont été dans des formes très-simples ; on s'est peu plaint qu'il y ait eu des envahissements ; et cependant il y avait une foule d'absents. Si la crainte des envahissements eût ôté au décret la force de purger la propriété, on aurait vendu à vil prix, si même on eût vendu.

Venant ensuite à Regnaud (de Saint-Jean-d'Angely), qui a prétendu que, puisque la partie est connue et que le poursuivant est le vendeur, l'adjudicataire a un recours assuré, Réa répond qu'il ne croyait pas que ce recours existât, mais que si on l'accorde à l'adjudicataire contre le dernier créancier colloqué, voilà vingt ans d'incertitude ; les créanciers ne peuvent plus se regarder comme irrévocablement payés. Ce serait bien

pis si l'on ouvrait le recours contre le poursuivant : la crainte empêcherait que qui que ce soit n'osât se mettre à la tête des créanciers.

Ce qu'on a dit des mineurs et des femmes ne peut pas faire impression. De tout temps, il y a eu des femmes et des mineurs, et néanmoins une expérience de quatre cents ans a dû rassurer sur les difficultés imaginaires qu'on se plaît à prévoir.

L'ARCHICHANCELIER dit qu'il faut se fixer sur les faits et sur les principes.

Dans le fait, nous ne vivons plus sous l'ancienne jurisprudence, mais sous l'auspice de la loi de l'an VII, qui transfère à l'adjudicataire plus de droits que n'en a le saisi.

Maintenant on veut revenir à l'ancien système, mais à condition, 1o. que l'adjudicataire sera réputé avoir contracté avec la justice qui avait mis le bien sous sa main ; 2o. qu'il y aura dépossession.

Alors on vend le bien d'autrui sans avertir le propriétaire, et tout cela pour rendre la circulation plus rapide.

Passons aux principes.

L'équité ne permet pas de disposer de la propriété d'un tiers, et la loi le défend. La justice met le bien sous sa main, et si personne ne réclame, ce silence est pris pour renonciation. Si l'on veut adopter ce système en ajoutant le bail judiciaire, l'archichancelier y consent. Mais on veut que le tiers soit dépouillé sans avoir été entendu, sans même avoir été mis en état de se faire entendre ; et c'est là ce qui répugne à toute idée de justice.

On parle des biens nationaux. Ne sait-on pas que l'Assemblée constituante avait mis ces biens sous sa main, comme la justice met sous la sienne les biens des saisis ; qu'ensuite elle les a affranchis de toutes charges, mais sous la condition très-formelle que la nation indemniserait les tiers ?

LA RÉDACTION.

(*A continuer.*)

LA THÉMIS

REVUE DE LÉGISLATION, DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

RÉDIGÉE PAR

L'HON. T. J. J. LORANGER. | CHS. C. DE LORIMIER, Avocat.
B. A. T. DE MONTIGNY, Avocat. | EDOUARD A. BEAUDRY, Notaire.
E. LEF. DE BELLEFEUILLE, Avocat. | JOSEPH DESROSIERS, Avocat.

VOL. I. JUIN 1879. No. 5.

QUESTION NOTABLE

D'USUFRUIT ET DE DECRET JUDICIAIRE.

(*Suite et fin.*)

A la vérité, dans des temps malheureux, on a beaucoup restreint la prescription, et le législateur en a le pouvoir : cependant, même alors, les formes ont été maintenues.

Il faudrait du moins poser le principe qu'on ne peut pas saisir le bien d'autrui. Quoi ! il ne tiendrait qu'à un procureur astucieux de bâtir une procédure pour envelopper dans la saisie tous les biens qu'il voudrait !

Si, après avoir posé le principe, on veut réduire les droits du tiers à un privilége sur le prix de la vente, l'archichancelier y consent encore.

La réponse qu'on a faite à l'objection tirée de l'intérêt des femmes et des mineurs n'est nullement satisfaisante.

Les femmes ont des hypothèques légales. Ces hypothèques, on les détruit ; car il sera facile au mari de faire inscrire le bien dotal sous son nom au rôle des contributions, et alors il le vendra comme il voudra. Il faut donc une exception.

Il en faut une encore pour les pupilles : rien ne saurait justifier l'indifférence avec laquelle on les sacrifie à l'adjudicataire.

Mais tous ces écarts ne sont que les conséquences du faux principe que la justice peut vendre les biens d'un tiers. Aussi, dans la précédente séance, Treilhard a-t-il convenu qu'on n'avait eu en vue que les terres éparses qui pouvaient se trouver dans le domaine, et qu'on avait seulement voulu empêcher, qu'un quart d'arpent compris mal à propos dans l'adjudication ne la fît crouler. Avec cette restriction, le système aurait moins d'inconvénient, pourvu qu'on réservât au tiers dépouillé son indemnité et un privilége : il serait par trop étrange qu'il n'eût rien à demander à personne.

Le conseil arrête que l'article de la loi de l'an VII proposé par Bigot-Préameneu sera inséré dans le Code (art. 731 du Code).

RAPPORT DU TRIBUNAT.

Grenier, au corps législatif.— J'en suis au quatrième objet, qui doit être présent à l'esprit du législateur en organisant une procédure telle que celle dont il s'agit, c'est-à-dire, à l'intérêt des tiers qui se diraient propriétaires, en tout ou en partie, des objets saisis, ou qui y prétendraient des droits inhérents à la propriété. Il devait naturellement s'élever la question de savoir si le défaut de réclamation avant l'adjudication devait ou non emporter la déchéance de leurs droits.

Pour se former des idées justes à ce sujet, il fallait jeter ses regards sur les règles qui avaient lieu dans l'ancienne procédure en saisie réelle ; comparer les effets de cette procédure avec ceux de la procédure établie par le projet de loi, et examiner si la différence, quant à ses effets, ne devait pas en amener une dans la manière dont on traiterait les tiers qui auraient à réclamer, ou un droit de propriété, ou des droits fonciers.

Or, dans tous les pays où l'ordonnance des criées, de 1551, était suivie, on y admettait assez généralement que le défaut de réclamation avant l'adjudication emportait déchéance du

droit, sauf le recours du tiers contre la partie saisie pour les dommages et intérêts.

Mais dans certains parlements, tel que celui de Paris, on avait admis, en interprétant cette ordonnance de 1551, que l'opposition à fin *de distraire* ou *de charge* devait être formée, non-seulement avant l'adjudication, mais encore avant l'introduction des enchères. Cette jurisprudence était fondée sur ce que les particuliers sont plus hardis à enchérir, quand ils ne craignent plus d'être évincés d'une partie des biens qu'ils veulent acquérir, ou que ce bien soit chargé de quelque servitude qui souvent pourrait en diminuer considérablement la valeur.

Les tiers pouvaient cependant, dans la suite, et toujours avant l'adjudication, former leur opposition ; mais alors elle ne leur assurait que le droit d'être colloqués à l'ordre pour la valeur des objets dont ils étaient privés par le défaut d'opposition avant l'époque marquée par la jurisprudence.

Mais une chose qu'il est bien essentiel de remarquer, c'est que la propriété des tiers n'était purgée que lorsqu'en conséquence du *bail judiciaire* qui avait lieu dans cette procédure, il y avait eu prise de possession, de la part du fermier judiciaire, des objets saisis. Et comme il était rare que le tiers dont on aurait voulu faire vendre la propriété sous le nom d'un autre se laissât dessaisir par le fermier judiciaire, la déchéance de la propriété, par le défaut de réclamation, n'avait lieu ordinairement que contre les tiers, qui, sans être en possession des objets saisis, prétendaient seulement y avoir des droits.

En se reportant sur le plan de procédure adopté par le projet de loi, dès que cette procédure est moins solennelle, mais aussi bien moins ruineuse, dès qu'on n'y a pas admis le *bail judiciaire*, dont les suites étaient un vrai fléau, il devenait impossible d'admettre les anciens principes relativement aux droits des tiers. Le respect pour la propriété, tracé sur presque toutes les pages du Code Civil, s'est fait entendre, et on s'est fixé sur ce principe écrit dans l'article 25 de la loi de brumaire, et qu'on retrouve dans l'article 731 du projet de loi : *l'adjudication définitive ne transmet à l'adjudicataire d'autres droits à la propriété que ceux qu'avait le saisi.*

LA RÉDACTION.

LE CODE CRIMINEL EN QUELQUES PAGES.

La cession n'a pas eu l'effet d'abolir nos lois françaises, mais l'Angleterre avait le droit de nous imposer les siennes, et c'est ce qu'elle a fait quant aux lois criminelles. Par la proclamation royale de 1763 elles furent introduites dans ce qui formait alors la Province de Québec, et la 14 Geo. 3, c. 83 (1774) introduisit les lois criminelles (et non pénales et de police) suivies dans cette partie du royaume-uni, appelée l'Angleterre, aussi bien quant à la description de l'offense que quant au mode d'en poursuivre et d'en infliger la punition. Or ces lois étaient la loi commune, c'est-à-dire l'ensemble des coutumes et des décisions des tribunaux, (*précédents*) et les lois écrites ou statutaires.

Depuis cette époque de nombreux statuts ont été passés par nos législatures, à l'instar des statuts impériaux, pour changer, modifier et classifier les lois anciennes.

Par l'Acte de l'A. B. du N., les lois criminelles sont du ressort du Parlement.

Les lois de police et de règlementation restent sous le contrôle des Législatures locales qui peuvent déléguer à des corps le droit d'en faire, et dont la sanction ne peut être que l'amende, et à défaut de la payer, l'emprisonnement.

On a beaucoup vanté la beauté de cette Législation criminelle anglaise. A coup sûr ce ne sont pas les mots barbares qu'elle a traînés après elle qui puissent enthousiasmer d'autres que ceux qui sont émerveillés des choses incomprises ; ce n'est certes pas l'application inconséquente de ses punitions qui soit propre à ravir un logicien ; et le raisonneur le plus subtil ne parviendra jamais à faire croire que la rédaction de ce chef-d'œuvre soit lucide.

Cette confusion est probablement ce qui, joint à la langue en laquelle elles étaient écrites, a repoussé de l'étude de ces lois

beaucoup d'avocats d'origine française, et pourquoi la connaissance de ces lois a été longtemps l'apanage presqu'exclusif des hommes de lois de langue anglaise.

Mais à part ce costume bizarre, qu'on semble se plaire à lui conserver, par intérêt peut-être, proclamons-le, cette législation si repoussante à première vue, laisse voir une merveilleuse sagesse à ceux qui la dépouillent de sa livrée. Ce que nous disons là s'applique surtout à la loi commune où les dispositions sont tellement appuyées sur la morale que la saine raison seule peut en faire acquérir la connaissance. Quant aux lois statutaires elles ont eu le désavantage de n'avoir jamais été embrassées d'une seule étreinte, et d'avoir le sort d'une vieillerie rapiécée, confortable, sans doute, mais rendue gênante par une agglomération inutile.

Notre but, en consignant dans quelques pages l'ensemble de cette législation, est de concilier nos jeunes amis de la profession avec ses dispositions, et de les conduire à la porte d'une appréciation sans préjugés. Nous donnons avis que dans ce résumé toutes les phrases doivent être pesées, parce que l'étendue du sujet nous a fait choisir que celles qui ont une portée.

Notre Code criminel consiste donc à l'heure qu'il est dans les dispositions de la loi commune, compatible bien entendu, avec notre état de chose ; les statuts de l'Angleterre avant 1774, d'une application nécessaire et générale ; et les statuts canadien passés depuis, et qui sont presque tous copiés des statuts impériaux de date plus récente, en ce qu'ils ont de compatibles avec notre état de colonie et avec nos mœurs. Les commentaires anglais, qui sont des monuments de compilation, peuvent donc nous guider avec avantage.

Les statuts impériaux, déclarés s'appliquer au Canada, ont tout l'effet qui leur est donné ; et l'on admet même que ceux d'une application générale et universelle doivent y être suivis, à défaut d'autre législation coloniale, même sans mention à cette fin.

Généralement toute contravention à un statut prohibant

une nuisance publique ou ordonnant un acte d'utilité publique, est un délit en vertu de la loi commune et de nos statuts.

Les statuts sont *généraux* quand ils s'appliquent à la nation entière, et les cours en prennent connaissance ex officio ; *spéciaux*, quand ils ne s'appliquent qu'aux intérêts particuliers ou d'une certaine classe d'individus, et ils doivent être cités ; *déclaratoires* ou *correctifs* de la loi commune.

Si le statut diffère de la loi commune, c'est lui qui prévaut ; et le nouveau qui en contredit un autre l'emporte sur l'ancien.

Le grand nombre de statuts et leur peu d'ensemble décidèrent nos législateurs à compiler, réunir et modifier les lois, en les copiant presque textuellement des compilations anglaises.

Nous allons en donner une nomenclature :

Administration prompte et sommaire de la justice criminelle en certains cas, 32, 33, ch. 32 et 35, amend. p. 38 V. c. 45 et 42 V.

Agressions injustes commises par des sujets de pays étrangers. Acte pour mettre les habitants du B. C. à l'abri des....... 29, 30, V. c. 2, 3, étendu aux autres provinces, par 31, V. c. 14.

Aliénés.—Acte concernant la reclusion des... S. R. C. c 109, amendé p. 24, V. c. 13.—32, 33, V. c. 29, S. 99 et suiv.

Animaux.—Cruauté envers les animaux, 32, 33, V. c. 27. 38 V. c. 42.

Armée.—Offenses relatives à, 32, 33, V. c. 25 et 26.

Armes à feu.—Abus. 40 V. c. 30.

Assemblée illégale.—31, V. c. 15, légale S. R. C. c. 82.

Associations illicites.—Secrètes, S. R. B. C., c. 10, amendé par 29, V. c. 46.—Voir 41-42 V. c. 9, quant aux processions de parti. (Q)

Bateaux-à-Vapeur.—Tenue de l'ordre, 36, V. c. 57.

Couronne et Gouvernement.—Protection, 31, V. ch. 69.

Complices et fauteurs d'offences punissables par indictement. Acte concernant les... 31, V. c. 72, amend. p. 32, 33, V. c. 17, dans les affaires sommaires, 32, 33, V. c. 31, s. 15.

Contravention à un acte de quelqu'une des Provinces constitue un délit, 31, V. c. 71, S. 3.

Délit.—Complice en matière de... 31, V. c. 72.

Monnaies.—Acte relatif aux... 32, 33 V. c. 18.

Pari.—Supprimer, 40 V. c. 31.

Parjure.—Acte concernant le... 32, 33 V. c. 23, amendé par 33 V. c. 26.

Personne.—Offenses contre la... 32, 33 V. c. 20 amendé par 35 V. c. 31, 36 V. c. 50, 38 V. c. 39, amendé par 39 V. c. 37, 40 V. c. 28 et 35, relatif aux violences, menaces et molestations, 41 V. c. 17, 18 et 19.

Propriété.—Acte concernant les dommages malicieux causés à la propriété, 32, 33 V. c. 22.

Procédure criminelle, 32, 33 V. c. 29, amendé par 36 V. c. 3 et 51, 38 V. c. 43, 39 V. c. 36, 40 V. c. 26.

Police du Canada, 31 V. c. 73.

Pénitenciers.—Acte des... 31 V. c. 75.

Revenu, menées, corruption dans la collection du Revenu, 34 V. c. 2.

Serments illicites et sociétés secrètes. S. R. B. C. c. 10, amendé par 29 V. c. 46.

Serments volontaires et extra judiciaires défendus, 37 V.c. 37.

Sociétés illicites, définitions et défenses, S. R. B. C. c. 10, amendé par 29 V. c. 46.

Statuts.—Interprétation des... 31 V. c. 1, amendé par le c. 28.

Sentences imposées par les cours coloniales auxquelles juridiction est accordée par acte impérial, 37, 38 V. c. 27 imp.

Travaux publics... pour la meilleure protection de la Paix dans les... 32-33 V. c. 24, amendé par 33 V. c. 28, 38 V. c. 38.

Transport des marchandises dangereuses, 36 V. c. 8, amendé par 42 V.

Trahison.—Relatif aux personnes en prison pour... 31 V. c.74.

Vagabonds, 32-33 V. c 38, et 37 V. c. 43.

L'extradition des criminels entre le Canada et les Etats-Unis est régie par le traité de Washington, signé à Washington le 9 août 1842, par Lord Ashburton, pour la Grande-Bretagne et Daniel Webster, pour les Etats-Unis, lequel traité est loi avec les statuts passés pour lui donner effet, savoir : 6 et 7 V. c. 76 imp., qui autorisait le Parlement du Canada à statuer sur les effets du traité dans les limites de notre territoire. En consé-

quence fut passé la 12 V. c. 19, (S. R. C. c. 89), suspendant les effets de l'acte impérial. La 25 V. c. 20, imp. confirmait ce droit de notre Parlement.

La 23 Vic. c. 41, et la 24 V. c. 6, rappellent certaines dispositions et surtout la sect. 1, 2 et 3, S. R. C., ch. 89.

La 31 V. c. 94, contenu au statut de 1869, étend les dispositions du 24 V. c. 6, à toute la Puissance, rappelle le ch. 89 S. R. C.; et le 24 V. c. 6, amendé par 33 V. c. 25, applique le traité de Washington dans la Puissance. La 40 V. c. 25, remplace les autres.

La 33, 34 V. c. 52 imp., rappelle le 6 et 7 V. c. 76, et a des dispositions pour la Puissance ainsi que la 36, 37 V. imp. qui l'amende.

Différents traités d'extradition ont été passés entre Sa Majesté et :

L'Autriche, en 1873, publié dans la *Gazette Officielle* du Canada, le 2 janv. 1874, contenu au 38 Vict.

La Belgique, en 1872, publié dans la *Gazette Officielle* du Canada, le 28 déc. 1872, contenu au 40 Vict.

Le Brésil, en 1873, publié dans la *Gazette Officielle* du Canada, le 2 janv. 1875, contenu au 38 Vict.

Le Danemarck, en 1862, publié dans la *Gazette Officielle* du Canada, le 30 août 1873.

La France, le 13 février 1843, contenu au 38 Vict.

L'Allemagne, en 1872, publié dans la *Gazette Officielle* du Canada, le 28 déc. 1872.

L'Italie, en 1873, publié dans la *Gazette Officielle* du Canada, le 23 mai 1873.

Les Pays-Bas, en 1874, publié dans la *Gazette Officielle* du Canada, le 19 sept. 1874, contenu au 38 Vict.

La Suède et la Norvége, en 1873, publié dans la *Gazette Officielle* du Canada, le 15 nov. 1873, contenu au 38 Vict.

La Suisse, en 1875, contenu au 38 Vict.

Haïti, contenu au statut de 1876.

Honduras, " " "

Les statuts où sont contenus ces différents traités sont ceux du Canada à moins d'indication contraire.

La plupart des statuts que nous venons d'indiquer décrivent les offenses en désignant la punition qui y est attachée. Quelques-uns d'entre eux concernent la procédure. Le chapitre 29 de 32-33 V., traite particulièrement de la procédure devant les jurés, d'une offense poursuivable par indictement ; le chap. 30 indique la manière de traiter ces sortes d'offenses avant le procès ; et le chap. 31 traite de la manière de procéder dans les offenses qui sont indiquées comme devant être soumises à une procédure sommaire par les statuts : ce qui s'exprime généralement par la disposition que le délinquant sera puni sur conviction devant un Juge de Paix. Remarquons que presque toutes les affaires sommaires sont traitées d'après ce chapitre, copié presque textuellement du chap. 103 des S. R. B. C., qui est cependant en force pour le traitement des offenses créées par la Législature locale devant les Juges de Paix. Quelques statuts, comme la loi de licence, devient un peu de cette procédure.

Les chapitres 27, 28, 32, 33 et 35 ont des procédures sommaires spéciales, applicables à des offenses qui sont cependant de leur nature indictables.

Remarquons que les affaires sommaires se prennent généralement au nom d'un particulier, tandis que les offenses indictables sont généralement pourvuivies au nom de la Reine.

Dans les différents statuts descriptifs des offenses que nous avons indiquées, se trouvent quelques procédures spéciales au genre d'offense y mentionnées.

Un grand nombre d'autres dispositions criminelles se rencontrent dans les statuts, comme dans les actes concernant les Élections, les Douanes, les Bureaux de poste, le Revenu, l'Excise, les Pêcheries, les Indiens, la Milice, les Banques, les Matelots, la Faillite, les Chemins de fer, la Tempérance, les Inspections, les Poids et Mesures, la Quarantaine, le Recensement, la Télégraphie, les Terres de la Couronne, les Timbres, les Travaux Publics, les Arpentages, les Compagnies, etc. Et au local, beaucoup de dispositions pénales, (qui toutes sont traitées d'une manière sommaire, d'après le ch. 103 des S. R. B. C., ou ch. 31 de 32-33 V., ou d'après une procédure particulière indi-

quée dans le statut) sont répandues dans les statuts locaux, comme les actes concernant les licences, la chasse, l'ordre dans ou près des églises, la protection des forêts, les lois municipales, les maîtres et les serviteurs, les lois de police, les chartes des cités, la protection des animaux, des oiseaux insectivores, les journaux, la vente des médicaments, l'exhibition de monstres, etc.

Les statuts que nous avons indiqués ne sont que le texte de la loi et exigent des commentaires ; aussi nous n'en manquons pas. Nous allons mentionner les principaux et qui sont les plus en vogue.

Quant à la loi criminelle anglaise : Roscoe's Digest of criminal Evidence, Woolrich Criminal Law, Archbold's Pleadings and evidence in criminal cases, Harris's, Principles of Law.

Quant à la loi canadienne : L'hon Juge H. E. Taschereau a commenté avec bonheur le texte de nos principaux statuts dans deux volumes publiés en 1874.

Clarke's, Treatise on Criminal Law.

Quant aux ordres et convictions sommaires, Paley's Law and Practice of summary convictions, est considéré comme l'auteur classique anglais.

MM. Carter, Kerr et le Magistrat de District Lanctot, ont commenté nos lois sur ces matières sommaires avec beaucoup de talent et leurs livres sont d'une grande utilité pour les Magistrats.

Les tribunaux du Canada qui ont juridiction dans les matières criminelles sont :

La Cour Suprême où il y a appel de tous jugements sur une motion à l'effet de faire enregistrer un verdict ou une mise hors de cour (non suit) sur un point réservé lors du procès. Elle a juridiction d'appel de toute décision des cours criminelles des provinces.

La Cour du Banc de la Reine et les juges de la dite Cour ont juridiction criminelle dans toute l'étendue de la province de Québec, avec pouvoir de juger suivant la loi tous plaids de la couronne, trahisons, meurtres, félonies et délits, crimes et

offenses criminelles quelconques, faits et commis et dont il peut être pris connaissance dans Québec, sauf et excepté ceux qui tombent sous la juridiction de l'amirauté.

Sont transférables à cette cour par *certiorari* les causes pendantes devant une cour de sessions générales ou de quartier de la paix dans lesquelles un procès par jury est autorisé par la loi.

Elle remplace la cour de sessions de quartier là où il n'y en a pas. Le quorum de cette cour est d'un seul juge qui peut être un juge de la Cour Supérieure.

Les Magistrats de District ont dans le ou les districts pour lesquels ils sont nommés les pouvoirs de un et de deux Juges de Paix, des Juges des Sessions de la Paix et tous ceux que leur donnent les actes de la Législature locale ou du Parlement fédéral. Les ch. 32, 33, 34, 35, de 32, 33 V., leur donnent juridiction dans certaines offenses y mentionnées ; le chap. 35 leur donne juridiction de la Cour des Sessions de Quartier ; le ch. 28, sur les vagabonds ; et une foule d'autres statuts leur désignent des devoirs de un et de deux Juges de Paix.

La Cour des Sessions Générales de la Paix a juridiction sur toutes, les offenses excepté le parjure fondé sur la loi commune, le faux, la trahison, toute félonie punissable de mort, le libelle, les offenses commises par des agents, banquiers ou facteurs d'après le ch. 21 des 32-33 V.

Le Juge des Session a aussi une juridiction comme magistrat compétent et les pouvoirs de un et deux Juges de Paix. Il préside généralement la Cour des Sessions. Il est Magistrat compétent en vertu des ch. 32, 33 et 35.

Les Juges de Paix ou Magistrats ont des devoirs ministériels, soit pour administrer le serment, faire des enquêtes, dans les offenses indictables, et judiciaires dans les cas sommaires. Les statuts les leur désignent.

Le Recorder est Juge de Paix *ex officio.* Il a aussi les pouvoirs de deux Juges de Paix. Il peut présider toute Cour de Session de quartier. Il ne peut juger les cas de trahison ou les cas de félonie entraînant peine de mort, ou les cas de libelle. Il est magistrat compétent en vertu des ch. 32 et 33 de 32-33 V.

Le Magistrat de Police exerce tous les pouvoirs de un et de deux Juges de Paix. Il peut présider la Cour des Sessions de quartier.

Les commissaires des incendies ont pour devoir de s'enquérir des causes des incendies ; et ont à cette fin la juridiction d'aucun Juge des Sessions, Recorder et Coronaire. Ils peuvent faire arrêter les personnes troublant la paix à aucun feu ou soupçonnées y avoir volé et de les traduire devant les Juges de Sessions, Recorder ou Juge de Paix.

Les Shérifs ont une juridiction criminelle en vertu des ch. 32, 33 et 35 des 32-33 V.

Toutes les offenses criminelles ou pénales sont punissables par voie de mise en accusation (*indictment*) ou par voie sommaire devant un ou plusieurs juges de paix, ou un magistrat ayant cette juridiction. Les statuts s'en expriment.

Toutes les félonies, et les délits d'un intérêt général, sont punissables par indictement, à moins que la loi n'exclue ce mode de procéder.

Suivons ces différentes procédures telles qu'elles ont lieu généralement :

La première chose à faire pour juger une accusation est d'amener la personne accusée devant le juge compétent ou de l'assigner d'y comparaître. De là l'arrestation ou la sommation.

L'arrestation peut se faire avec ou sans mandat, (*warrant*) qui est un ordre d'arrêter et d'amener, sous le sceau d'un officier compétent.

Plusieurs personnes peuvent émettre des mandats d'arrestation dans les cas particuliers qui sont déterminés par la loi ; mais généralement ils émanent des Juges de Paix, ou de ceux qui en ont les pouvoirs.

Le Juge de Paix peut émaner un mandat dans le cas où il voit lui-même commettre une offense, ou sur le certificat du Greffier de la Couronne, constatant qu'un acte d'accusation a été trouvé fondé devant le Grand Juré, ou lorsqu'une plainte, accusation ou dénonciation est faite sous serment devant lui.

L'accusation, la plainte ou la dénonciation sont la même chose quand il s'agit d'une offense indictable ; mais dans les

affaires devant être traitées sommairement on se sert du mot dénonciation quand elle a pour effet d'accuser d'une offense ; et on se sert du mot plainte quand elle a pour effet de demander le recouvrement de deniers, comme taxes etc. Celle-ci provoque un jugement appelé *Ordre ;* celle-là la *Conviction.*

L'arrestation sans mandat est réglée par la loi commune et par les statuts.

Par la loi commune toute personne présente lors de la commission d'une félonie ou lorsqu'une blessure dangereuse est infligée, est tenue de s'emparer du délinquant et de le remettre à un constable ou officier de paix ou de le conduire devant un Juge de Paix.

Toute personne présente à un rassemblement tumultueux, mêlée ou émeute, peut ainsi arrêter ceux qui y prennent part.

Un constable, un officier de paix, quelqu'un informé de la commission d'un crime, peut faire appel à tous les gens de la localité qui sont tenus d'obéir à ce commandement ; c'est le mode d'arrestation dit : *by hue and cry.*

On peut s'emparer d'un fou que l'on voit sur le point de commettre une offense. Tout individu a même le droit d'arrêter sans mandat une personne soupçonnée d'avoir commis une félonie.

En vertu des statuts toute personne qui voit commettre une offense énumérée dans l'acte concernant le larcin peut arrêter le délinquant et le conduire devant un Juge de Paix avec les effets qu'elle prend. Toute personne à qui des effets sont offerts, si elle a des motifs raisonnables de croire que ces effets ont été volés ou qu'une offense a été commise à leur propos, est requis d'arrêter celui qui les offre et de le conduire devant un Juge de Paix.

Pendant la nuit, de neuf heures du soir jusqu'à six heures du matin, toute personne peut s'emparer d'un individu trouvé commettant une offense quelconque et le mettre sous la garde d'un constable ou d'une autre personne, pour être aussitôt que convenable conduit devant un Juge de Paix.

Le propriétaire d'une chose, son engagé ou autre personne par le dit propriétaire autorisée, qui trouve un individu com-

mettant une offense a propos de cette chose peut s'en emparer et le conduire devant un Juge de Paix.

Les constables ont des pouvoirs spéciaux d'arrestation que leur confèrent les statuts qui autorisent leur nomination; mais d'après la nature de leur office même ils ont, comme les simples individus, droit d'arrêter pendant la commission d'un crime et même sous soupçon d'autrui, tenir sous garde pour attendre des renseignements, et remettre en liberté ; ils peuvent arrêter quelqu'un que l'on dit menacer de tuer. Ils peuvent arrêter les coureurs de nuit, ceux qui font du bruit dans une maison publique.

Tout constable ou officier de paix peut arrêter toute personne trouvée, la nuit, couchée ou rôdant, suspectée d'avoir commis ou d'être sur le point de commettre une félonie.

Le constable peut arrêter une personne qui maltraite un animal. .

Un Juge de Paix peut de vive voix, ordonner l'arrestation d'une personne qui a commis une félonie ou troublé la paix en sa présence, peut s'emparer d'une personne qui fait du mal ou menace d'en faire.

La *sommation*, qui est adressée à un accusé, est émise sur plainte, accusation ou dénonciation et comporte l'accusation et l'ordre de comparaître ; elle est signifiée par un constable.

L'arrestation et la sommation ont le même but : celui d'amener l'accusé à comparaître devant le Magistrat.

Quand l'accusé est devant le Magistrat, la cause est traitée différemment selon qu'il s'agit d'une affaire par indictement ou par conviction ou ordre sommaire.

Voyons d'abord le mode de procéder dans une offense poursuivable par voie sommaire :

Le Magistrat ou son greffier appelle la cause. Si le Défendeur n'a été qu'assigné et qu'il comparaisse, l'audition de la cause est généralement entendue de suite ; s'il fait défaut, le Magistrat peut entendre la cause par défaut ou émettre un mandat d'arrestation pour cause de désobéissance à l'ordre de sommation.

Quand le Défendeur, au lieu d'avoir été assigné, a été ar-

rêté, soit en premier lieu, soit après avoir été assigné, la cause est généralement ajournée pour permettre au Défendeur de préparer sa défense, en par lui donnant caution ou restant sous garde.

Au jour fixé on expose au Défendeur la substance de la dénonciation ou plainte, et on lui demande s'il a quelque défense à présenter. Alors, si le Défendeur admet les faits jugement est en conséquence rendu contre lui. S'il n'admet pas les faits, il plaide par défense préliminaire les vices de forme ou de substance, ou par défense au fonds les moyens au mérite.

Si la défense préliminaire est maintenue, l'action est renvoyée ; si cette défense est renvoyée il plaide au fonds.

Sur plaidoyer au fonds de " non coupable ", la preuve est entendue de part et d'autre, les parties sont entendues par elles ou par procureurs. Alors le Magistrat rend jugement qui est appelé *conviction*, quand il condamne à l'amende ou à la prison ; ce qui a lieu dans tous les cas d'offenses ; et *ordre* si la poursuite n'est que d'une nature civile, comme pour le recouvrement de deniers, par exemple des taxes, etc.

Quand ce jugement n'est pas exécuté, il est suivi de la saisie ou de l'emprisonnement, selon que le statut le permet ; et alors le Magistrat émet un mandat d'emprisonnement ou un mandat de saisie.

Voyons maintenant quelle est la procédure d'une offense par voie de mise en accusation :

Si l'accusé a été seulement assigné et qu'il ne comparaisse pas, le Juge de Paix émet un mandat pour cause de désobéissance à la sommation ; et quand l'accusé est en sa présence, traduit soit sur mandat en premier lieu, ou pour cause de désobéissance à la sommation, le Magistrat prend en présence de l'accusé (qui a droit de transquestionner les témoins à charge) les témoignages de ceux qui connaissent les faits et circonstances de la cause : c'est l'enquête préliminaire. Ces témoignages sont pris par écrit et peuvent faire preuve lors du procès dans le cas de mort, de maladie grave, d'absence ou de perte de raison du témoin.

Les dépositions prises, le Magistrat demande au prévenu s'il

a quelque chose à dire, le mettant sur ses gardes, qu'il ne doit être influencé ni par crainte ni par promesse et que ce qu'il dira servira contre lui lors de son procès.

Sur le tout le Magistrat décide : s'il croit que la preuve n'est pas suffisante pour faire subir son procès à l'accusé, il le libère ; si la preuve soulève une présomption forte ou probable contre l'accusé, il l'oblige à subir un procès en l'envoyant, par mandat d'emprisonnement, en prison, ou en l'admettant à caution.

Dans les cas de trahison et de félonie punissables par la mort, ou sous l'acte pour la meilleure protection de la couronne et de son gouvernement, il ne peut l'admettre à caution ; dans les cas autres de félonie, il peut admettre l'accusé à caution, de concert avec un autre Juge de Paix. Dans les cas de délit il doit admettre l'accusé à caution. Cette caution a pour but d'obliger l'accusé à comparaître au prochain terme du tribunal ayant juridiction pour cette offense. Le Magistrat y envoie toutes les pièces : la plainte ou accusation, les dépositions, la déclaration du prévenu et les cautionnements.

Les accusés d'offenses du ressort de la Cour des Sessions de quartier peuvent, étant obligés de subir un procès, choisir de le subir devant un des Magistrats compétents qui ont ce pouvoir en vertu du chapitre 35 de 32-33 Vict.

Ceux qui ne choisissent pas cette juridiction, attendent le terme, soit en prison, soit sous caution. Pour ceux-ci, une autre enquête préliminaire a lieu : c'est celle devant le Grand Jury.

Les grands jurés sont assignés et leur qualification réglée par la loi commune, qui exige qu'ils soient sujets du Roi et entachés d'aucune infamie légale, et par les statuts 27-28 V. c. 41, 31 V. c. 16, 32 V. c. 22, 33 V. c. 13, 35 V. c. 10.

Le grand jury doit être composé au moins de douze et de pas plus de vingt-trois.

Ils sont appelés à l'ouverture de la Cour et soumis à l'amende pour ne pas se rendre ; le président de la Cour adresse un discours au Grand Jury. Cette adresse ordinairement traite de l'état moral du District, des indictements que les grands jurés auront à examiner et des devoirs qu'ils auront à remplir.

Nous ne saurions mieux faire connaître ces devoirs du Grand Jury et la nature de ces adresses, qu'en rapportant partie de celle délivrée par Son Honneur le Juge Dugas, au Grand Jury, au terme de mai 1879, à Montréal :

" Votre premier devoir est de vous enquérir minutieusement des crimes et offenses tombant sous la juridiction de cette Cour et qui seront portés à votre connaissance par la couronne au moyen d'actes d'accusation. (indictments). Vous devez faire toutes les recherches voulues pour vous satisfaire que vous n'infligez pas à un innocent la flétissure de subir un procès ou que vous ne donnez pas à un coupable le bénéfice d'une libération qu'il ne mérite pas. Vous rappelant que l'institution du Grand Jury est autant une sauvegarde en faveur de la personne accusée faussement par la mauvaise foi et la malignité, qu'une protection à la société contre le vice et le crime. A cet effet vous avez le pouvoir de faire paraître devant vous toute personne que vous croirez être en état de vous donner de justes informations. Les noms des témoins connus de la Couronne sont écrits sur l'acte d'accusation même. Vous pouvez les interroger tous ou autant d'entre eux qu'il est nécessaire pour vous convaincre de la culpabilité de l'accusé. Si dans le cours d'une investigation il vient à votre connaissance que certaines personnes dont les noms ne sont pas mentionnés sur l'acte d'accusation pourraient vous éclairer dans vos recherches, il est de votre devoir et vous avez le pouvoir de les faire paraître devant vous. Chaque témoin doit être assermenté par votre président avant d'être interrogé.

Après vous être enquis des faits, si au moins *douze* d'entre vous croient que la personne accusée est coupable du délit ou du crime qu'on lui impute, vous devrez l'envoyer subir son procès devant les petits jurés, et vous traduirez votre décision par les mots " True Bill " qui devront être écrits sur le dos de l'acte d'accusation et certifiés par la signature de votre président.

Si au contraire la majorité d'entre vous est d'opinion que l'accusation n'est pas fondée vous devrez faire écrire sur le

dos de l'acte d'accusation " No Bill " que votre président devra aussi reconnaître de sa signature.

En cas de doute vous devez, contrairement à ce que doivent faire les petits jurés, l'interpréter contre l'accusé. Et alors si votre conscience ne vous permet pas de rapporter un " True Bill ", il vous est encore permis d'exprimer le résultat de vos recherches par la formule moins usitée de " Ignoramus."

Outre les accusations qui seront mises devant vous, il est aussi en votre pouvoir de vous enquérir de toutes autres offenses contre la société et d'en donner connaissance à la Cour par une dénonciation (presentement). Le cas échéant, vous aurez pour vous diriger dans ces procédures à suivre, le Greffier de la couronne qui, je n'en ai aucun doute, se fera comme toujours un plaisir de vous aider de ses connaissances et de son expérience.

La preuve requise doit toujours être la meilleure possible. Le témoin ne doit parler que de ce qu'il a lui-même vu et entendu. Ce qu'il a pu connaître par l'entremise d'autres personnes ne peut être pris en considération. Les confessions des accusés faites sans crainte ni menace font preuve légale ainsi que les documents écrits et dûment prouvés soit par leur caractère d'authenticité ou autrement."

Avant le rapport de l'indictement par le Grand Jury, l'accusé est emprisonné ou sous caution. Si étant sous caution il ne comparaît pas, la Cour émane un *process* pour faire amener l'accusé devant elle et l'obliger à répondre à l'accusation. De droit commun et dans l'usage ordinaire, le *process* consiste dans un *capias* (prise de corps) ou un *Bench warrant* (mandat du Banc), signé par le Juge.

L'accusé étant cité à la barre (*arraigned*) sur appel par son nom, l'acte d'accusation lui est lu, et demande lui est faite s'il est coupable ou non coupable.

S'il plaide coupable, sentence est en conséquence prononcée contre lui.

S'il offre un autre plaidoyer, c'est un plaidoyer ou à juridiction ; plaidoyer *in abatement*, parce que l'accusé est mal nommé ; (aujourd'hui sans importance par la facilité d'amender

l'indictement) des plaidoyers péremptoires dits *in bar*, et qui consistent à plaider autrefois acquit, autrefois convict, autrefois *attaint*, c'est-à-dire condamné à la peine de mort ou mis hors la loi, (aujourd'hui d'aucun usage, et dans tous les cas défendu par le ch. 29, à moins d'avoir été condamné ou mis hors la loi pour une même offense), ou plaidoyer de pardon. Ces plaidoyers sont préliminaires et doivent être proposés d'abord. L'accusé peut aussi plaider une défense en droit, (demurrer) par laquelle il est allégué que les faits relatés ne constituent pas l'offense pour laquelle le prisonnier est accusé.

Si ces plaidoyers préliminaires ne réussissent pas, l'accusé est mis en charge d'un petit Jury, composé de ses pairs, pour subir un procès " par le pays " (per patriam).

Les petits jurés sont assignés et leur qualification est déterminée par les 27-28 V. c. 41, amendé par 31 V. c. 16, 32 V. c. 22, 33 V. ch. 13 et 35 V. c. 10.

Lors du procès, le greffier de la Cour appelle les Jurés qui sont sur la liste (*panel*) que le shérif a mis devant la Cour, et il avertit le prisonnier que ce sont eux qui vont décider son procès et qu'il doit les récuser avant d'être assermentés.

La récusation (*challenge*) est de la liste entière, (*array*) ou de quelques jurés (*challenge to the polls*). Elle est péremptoire, sans assigner de raisons, ou pour cause. La poursuite a aussi droit de récusation. La récusation est limitée par le chapitre 29 suscité.

Lorsque douze jurés sont assermentés, la poursuite, par son représentant, ouvre la cause en relatant les principaux faits qu'elle entend prouver ; elle fait ensuite entendre les témoins que l'accusé a droit de transquestionner et la couronne de ré-examiner. Après que la couronne a clos sa cause, il est demandé à la défense si elle entend faire entendre des témoins ; si non, le conseil pour la poursuite peut adresser la parole aux jurés une seconde fois pour argumenter, et la Défense argumente ; la couronne réplique ; si oui, la Défense ouvre sa cause et fait entendre ses témoins soumis aux transquestions et aux ré-examens. Alors le conseil de la

défense argumente sa cause. Après cette adresse, la poursuite peut répliquer.

Le Juge président au procès adresse la parole aux jurés. Il explique la loi et la preuve, et conclut en leur disant qui si ils ont un doute raisonnable ils doivent en donner le bénéfice à l'accusé.

Les Jurés décident alors immédiatement ou après s'être retirés, et leur décision (verdict) peut être général sur toute l'accusation " Coupable " ou " Non Coupable," " partielle " si c'est sur un ou plusieurs chefs de l'accusation, ou " spéciale " par lequel le jury déclare l'accusé coupable ou non coupable, suivant que l'action pour laquelle il est poursuivi, constitue ou ne constitue pas une offense en loi.

Avant la prononciation de la sentence il peut intervenir quelques procédures incidentes comme l'application pour un nouveau procès, une motion pour retarder le jugement (*stay of judgment*) ou pour supension de jugement, (*arrest of judgment*).

Enfin quand il n'y a aucun de ces incidents ou qu'ils ne sont pas suivis de succès, le Juge prononce la sentence édictée par la loi.

Montréal, Juin 1879.

B. A. T. DE MONTIGNY.

Nous publions ci-dessous un écrit remarquable de notre premier collaborateur M. Horace Archambault, jeune avocat d'une grande distinction, tant sous le rapport du talent que de l'instruction légale et de l'assiduité au travail. L'essai de M. Archambault sur l'Etude du Droit Romain se recommande par lui même, et nos lecteurs en le lisant souhaiteront comme nous, de le voir suivi par plusieurs autres sortis de la même plume.

La Rédaction, de son côté, ouvrira volontiers ses colonnes aux écrits d'autres collaborateurs et espère que son appel sera accueilli avec empressement.

LA RÉDACTION.

DE L'ETUDE DU DROIT ROMAIN.

La déférence servile que l'on semble professer en Canada pour la jurisprudence, n'a pas manqué d'attirer l'attention des rédacteurs de *La Thémis*. Dès la première livraison de cette Revue, M. de Montigny nous apportait un travail précieux sur l'abus que l'on fait devant nos cours de justice de ce que l'on est convenu d'appeler les *précédents*, et sur la juste valeur et l'autorité raisonnable que nous devons accorder aux jugements des tribunaux.

La complaisance avec laquelle on s'acharne à exclure le droit romain de son programme d'études légales, ne serait-il pas une des causes de ce culte abusif voué à l'autorité des précédents. ?..

A quoi sert, s'écrie-t-on, l'étude de cette législation surannée qui ne nous est parvenue que dans un déplorable état de lacération ; que peut-elle pour l'entente et l'application des lois dont vous juge, vous avocat, vous êtes les organes et les interprètes ?...

C'est là traiter bien cavalièrement, il faut l'avouer, un droit qui a été exactement appelé la raison écrite, qui a survécu à la puissance des maîtres du monde, et sur lequel reposent toutes les législations civiles modernes.

Le droit romain est aujourd'hui un élément si essentiel de la doctrine juridique qu'il faut savoir comment il est compris et étudié dans un pays et quelle influence il y exerce, pour se rendre compte de l'état où s'y trouve la jurisprudence en général. " On peut même dire," écrivait M. Mitternaïer il y a quelques années, " que le meilleur moyen de recon-
" naître si les études juridiques sont plus ou moins floris-
" santes dans un pays, c'est de rechercher comment la légis-

" lation romaine y est cultivée. Plus qu'aucun autre peuple, " les Romains ont laissé un droit digne de fixer l'attention " des jurisconsultes de tous les temps, des législateurs comme " des juges, par la richesse des matériaux et des détails, par " la finesse des distinctions et des décisions d'espèces.".

C'est qu'en effet, cet admirable monument de la sagesse et de la logique de l'antiquité est une base nécessaire de la connaissance sérieuse de la législation.

D'abord, gardons-nous de cette erreur vulgaire qui fait consister tout le talent du jurisconsulte dans la connaissance du texte de la loi, de la disposition législative.

Evidemment, il n'en saurait être ainsi. Le talent du jurisconsulte présuppose, il est vrai, la connaissance du texte de la loi ; il ne pourrait même s'exercer sans cette connaissance indispensable ; mais elle n'en est qu'un élément tout-à-fait secondaire, que l'*instrument* en quelque sorte. Ce talent a en soi quelque chose de plus élevé ; il est placé plus haut ; il prend sa source dans le concours et la combinaison de qualités supérieures qui ne se trouvent que rarement réunies, savoir : " cette droiture de sens et de jugement qui, servant de guide, " et en quelque sorte de fil conducteur, au milieu du laby- " rinthe des opinions opposées, des décisions contraires, fait " pressentir tout d'abord de quel côté se trouve le vrai ou le " faux, et ne permet pas de s'y méprendre, ce coup-d'œil ra- " pide et sûr, qui embrasse toutes les faces d'une question, " toutes les parties d'un sujet, et en domine l'ensemble ; cette " pénétration qui va au fond des choses, cette sagacité qui ne " laisse rien échapper, et au milieu des raisons *de douter*, " distingue sur-le-champ, et signale la raison *de décider ;* cet " art profond d'argumentation qui enchaîne systématique- " ment une suite de propositions, et arrive par des déduction " rigoureuses, à une démonstration évidente, à une conclusion " irrécusable ; cette puissance et cette hauteur de logique, " enfin, qui tire d'un principe général et abstrait toutes les es- " pèces particulières qu'il renferme et en déroule hardiment " les conséquences." (Bravard, de l'étude du droit romain).

Or, les jurisconsultes romains ne possèdent-ils pas à un

haut degré ces qualités rares et indispensables, et ne se recommandent-ils pas, en général, à notre admiration, par leur logique, par leur doctrine, par leur pénétration et leur sagacité, et par leur droiture de jugement ?...

Dès lors, n'est-ce pas en les étudiant, en les prenant pour modèles dans l'art difficile d'interpréter les lois, d'en fixer le sens, que l'on parviendra soi-même à donner à ses raisonnements plus de précision, plus de force et de clarté ; en un mot, que l'on deviendra jurisconsulte ? Aussi, M. Accarias, dans son précis de droit romain, nous dit-il que ce droit " développe d'une manière admirable les qualités qui caractérisent " l'esprit juridique, savoir la finesse de l'analyse, la rigueur " dans la déduction et le sens pratique. Jamais, en effet," continue Accarias, " législation ne fut plus géométriquement " construite ; jamais jurisconsultes ne déduisirent avec plus " de sûreté les conséquences d'un principe ; jamais enfin, la " langue juridique n'atteignit plus heureusement à cette élé- " gance sobre qui consiste surtout dans la propriété de l'ex- " pression et la justesse du tour. Aussi peut-on affirmer, sans " nulle exagération, que c'est du jour où le droit romain fut " sérieusement étudié en France que notre propre droit, jus- " que-là informe, commença à se coordonner scientifiquement. " Et je tiens que celui qui l'aura approfondi, dût-il plus tard " en oublier tous les détails, en aura néanmoins retiré un profit " durable ; à défaut d'érudition, il lui restera l'art de raisonner " et le sens juridique ; et, pour emprunter à Montaigne une " de ses expressions les plus pittoresques, s'il n'a pas meublé " son intelligence, il l'aura forgée."

Si le droit romain n'était qu'un recueil de lois proprement dites, ou de constitutions impériales, j'admettrais qu'il vaudrait autant et mieux pour nous étudier le droit vivant d'un peuple contemporain, dont l'état social se rapprocherait du nôtre, qu'une législation *morte* et *surannée* sur laquelle ont déjà passé tant de siècles. Qu'y verrions-nous en effet ? Des ressemblances, des différences avec la nôtre ; et ce tableau comparatif pourrait peut-être, par ses analogies et ses contrastes, enrichir notre intelligence de quelques aperçus nou-

veaux, et agrandir le cercle de nos idées; mais quelles lumières particulières y puiserions-nous pour l'entente et l'interprétation de nos propres lois ? Quel secours en tirerions-nous pour les améliorer et les perfectionner ?...Mais le droit romain n'est pas là ; c'est un recueil, non pas de textes de lois, ou ayant force de lois, mais des applications raisonnées et motivées que les jurisconsultes romains en ont faites aux différents cas sur lesquels ils ont été consultés, des interprétations qu'ils en ont données ; c'est le recueil de leurs décisions, de leurs controverses, de leurs discussions sur des points de doctrine débattus entre eux ; et enfin de divers fragments de leurs ouvrages élémentaires destinés à l'enseignement. Et même, il faut distinguer dans les monuments de ce droit, deux classes de décisions : celles où les jurisconsultes romains, puisant dans la grande source du droit rationnel et des principes qui doivent guider tous les législateurs, ont déployé toute leur intelligence ; et celles où, s'attachant timidement à l'interprétation littérale des dispositions de la loi ou des conventions, et négligeant d'élever leur esprit aux principes supérieurs, ils ont donné souvent de mauvaises solutions. Le jurisconsulte moderne doit séparer avec soin ces deux classes de décisions, et en suivant avec admiration les premières, il doit savoir s'écarter des secondes.

Je ne blesserai aucune susceptibilité en affirmant que les doctrines de nos jurisconsultes modernes sont loin d'être aussi profondes que celles des jurisconsultes romains, et que la jurisprudence de nos tribunaux, quelques grands services qu'elle ait rendus, est moins ferme, moins savante que celle des préteurs romains, et de ce grand comité de consultation où les empereurs réunirent les Paul, les Ulpien, les Papinien. L'introduction de l'*équité* dans le droit fut l'œuvre de ces jurisconsultes, et cette révolution consommée après les plus longues et les plus grandes controverses qui aient jamais illustré la science du droit, n'a rien d'égal dans l'histoire et le développement de la jurisprudence moderne (Giraud).

Ne soyons pas jaloux de l'autorité accordée aux juriscon sultes romains, et ne leur ménageons pas notre admiration.

En effet, quelles ressources ne durent pas emprunter ces hommes pour fonder la science du droit ? Cette science n'avait existé nulle part avant eux, et nulle législation ne pouvait leur offrir un modèle. Ils étaient réduits aux seules forces de leur raison et au sentiment des besoins de leur siècle. Ils eurent recours à la philosophie, qui seule pouvait leur servir de guide. Ils lui demandèrent le résultat de ses recherches pour la connaissance du cœur humain ; ils adoptèrent ses préceptes sur les devoirs réciproques des hommes ; ils se servirent de sa méthode et de sa logique. Seulement ils tempérèrent ce que les doctrines philosophiques pouvaient avoir de trop absolu ou d'inapplicable par le respect des anciennes lois nationales et par le sentiment de l'utilité pratique, qu'ils puisaient dans l'habitude de l'exercice du pouvoir et de l'application des lois. C'est ce qui fait écrire à M. Accarias : " De toutes les " législations qui sont arrivées à un certain degré de per- " fection, nulle n'a accompli une évolution aussi spon- " tanée et aussi originale que la législation romaine. C'est " qu'en effet, à l'époque inconnue, mais très-reculée, où les " Romains commencèrent à poser les principes de leur droit, " de celui qui s'exprima plus tard dans les Douze Tables, ce " peuple sans doute avait ses traditions ; mais il n'était pas " dominé par des précédents législatifs proprement dits ; il " n'avait pas à sa disposition un arsenal de vieilles lois " nationales ou de lois étrangères. Sa législation primitive ne " fut donc pas une copie, et ne vécut pas d'emprunts. Elle " exprima avec roideur et originalité les mœurs propres d'un " peuple encore barbare. Plus tard, quand on sentit le besoin " de réagir et de créer une législation nouvelle, cette réaction " ne fut pas, comme cela arrive trop souvent chez les peuples " modernes, l'œuvre brusque et saccadée d'une autorité " indécise, agissant au hasard, multipliant les tâtonnements " et revenant le lendemain sur les essais de la veille ; elle " fut l'œuvre directe ou indirecte des jurisconsultes, œuvre " lente, progressive, empreinte de logique, dans laquelle ces " jurisconsultes s'inspirèrent, non pas de systèmes hasardeux " ni d'un esprit d'imitation, mais de leur bon sens et des

" besoins révélés par les faits qu'ils avaient sous les yeux. Le " droit romain nous apparaît donc comme un produit spon- " tané de l'esprit humain abandonné à sa logique naturelle, " et c'est pourquoi dans l'ensemble de son développement " historique il forme une série continue et un enchaînement " où tout se tient. On peut dire de ce droit ce que Cicéron " disait de la constitution politique de Rome: sa perfection " tient à ce qu'il ne fût pas l'œuvre improvisée d'un jour ni " d'un homme, mais l'œuvre patiente des siècles, l'œuvre " commune de tous les citoyens."

Nonobstant le travail de vingt siècles, et les enseignements salutaires de la doctrine évangélique, la philosophie du droit n'est-elle pas restée à peu près au point où l'avait laissée le droit romain, soit que vous le considériez dans sa forme stoïque, soit que vous le considériez dans sa forme chrétienne?

En présentant le Code Napoléon à la sanction du corps législatif, Portalis avait placé ce grand principe en tête de son immortel ouvrage: "Il existe un droit universel et " immuable, source de toutes les lois positives; il n'est que " la raison naturelle, en tant qu'elle gouverne tous les hommes."

Avant Portalis, Montesquieu avait dit que " le droit n'était " que la raison humaine, en tant qu'elle gouverne tous les " peuples de la terre." Il ajoutait qu'il y avait une raison primitive, et que les lois étaient l'expression des rapports qui se trouvent entre elle et l'homme.

Avant Montesquieu, Bossuet avait dit que " le droit n'est " autre chose que la raison même, et la raison la plus certaine, " puisque c'est la raison reconnue par le consentement des " hommes."

Est-ce que ces maximes n'étaient pas celles du droit romain? Le christianisme n'avait pas encore régénéré les hommes quand Cicéron disait que la loi n'était autre chose que la droite raison, et la raison souveraine: " *Lex est ratio summa,* " *recta ratio.*" Les jurisconsultes qui lui succédèrent n'eurent jamais d'autre point de départ, dans ces admirables ouvrages dont les fragments sont venus jusqu'à nous, et dans lesquels,

selon une expression du grand Leibnitz, la raison elle-même a parlé par leur bouche: " *tanquam ipsa ratio per horum* " *vivorum ora loqueretur*." Selon eux, les lois sont commencées par la nature et achevées par l'homme.

Cette philosophie élevée du droit civil, par laquelle Dieu, raison primitive, devient la source du droit, n'est donc autre que la philosophie chrétienne. Aussi les chrétiens des premiers siècles proclamaient-ils leur respect pour le droit civil romain, précurseur en ce point de la loi chrétienne elle-même: (*Neque* " *vero vult* (*Deus*) *ut per nos tantùm lex justiitæ eniteat*, *sed* " *voluit ut per Romanos quoque luceret ac splenderet* (Const. " apostol., t. VI, c. 24)"; aussi Bossuet voulait-il que l'enseignement du droit romain fut compris dans le système d'éducation de son royal élève: car le droit romain, qu'il admirait, et dont il a parlé en si beau langage, contenait, à ses yeux, les principes les plus vrais et les plus certains de la société civile.

Les bonnes lois embrassent donc la société dans sa sphère d'action la plus complète; elles sont fondées sur la première de toutes les lois, sur la droite raison et sur l'équité naturelle.

C'est pourquoi la grande et magnifique définition d'Ulpien, était encore celle où s'arrêtait Bossuet: " Les lois, dit-il, " doivent établir le droit sacré et profane, le droit public et " particulier, en un mot la droite observance des choses " divines et humaines."

Ainsi donc, à vrai dire, la philosophie du droit romain est encore debout; elle peut nous suffire comme leur langue et leur génie. Supprimer cette doctrine pour réduire le droit à la connaissance des textes, c'est supprimer la science et rabaisser la dignité humaine.

A Dieu ne plaise que je veuille détourner les esprits de l'étude des textes! Qui les ignore marche en aveugle, et court de chute en chute dans l'épaisseur des ténèbres; mais pour qui néglige leur histoire, la lettre est une lettre morte, et l'esprit véritable de la loi demeure toujours caché.

Considéré au point de vue de son autorité comme raison écrite, le droit romain est donc une base indispensable à l'étude

de la législation régnicole. Nous en trouverons une nouvelle garantie dans le Discours Préliminaire des rédacteurs du Code Napoléon : " La plupart des auteurs qui censurent le " droit romain avec autant d'amertume que de légèreté," disaient-ils, " blasphèment ce qu'ils ignorent. On en sera " bientôt convaincu si, dans les Collections qui nous ont " transmis ce droit, on sait distinguer les lois qui ont mérité " d'être appelées la *raison écrite*, d'avec celles qui tenaient à " des institutions particulières, étrangères à notre situation et " à nos usages."

Enfin, écoutons les paroles du savant Merlin : " Jeunes gens " qui voulez parcourir la carrière de la jurisprudence, étudiez, " étudiez sans relâche les lois romaines, et familiarisez-vous " avec leur langage, qui a souvent un caractère tout parti- " culier : sans cela, vous ne serez jamais que des Praticiens, " toujours exposés à prendre les erreurs les plus graves pour " les vérités les plus constantes." (Merlin, Questions de Droit.)

Le droit romain, non-seulement doit être étudié comme raison écrite, mais aussi comme un élément indispensable pour comprendre et interpréter la lettre des dispositions de notre Code Civil.

Il suffit de posséder les connaissances les plus élémentaires du droit de Rome, et de notre droit civil, pour apercevoir que celui-là est la base de celui-ci, que le second tire son existence du premier. Notre Code est un exposé précis et succinct de principes dont le développement se trouve dans la législation romaine. Dès lors il devient évident que chaque fois que l'intention du législateur ne ressortira pas d'une manière suffisamment lucide d'un texte de nos lois, que là où l'obscurité dominera et proscrira la clarté, le jurisconsulte devra remonter à la source de notre droit pour y assister à la génération de ce précepte législatif, en suivre les développements dans sa progression historique à travers les siècles, et en comprendre et expliquer la nature et les modifications par les convenances et les nécessités de l'époque et du milieu social où il s'est développé.

Sans aucun doute une foule d'institutions particulières aux

Romains, ont cessé d'exister, et ne peuvent trouver aucune application au milieu des controverses de nos jurisconsultes modernes. Mais n'est-il pas incontestable que les relations essentielles que le droit a pour but de régler, sont restées les mêmes, et forment encore le principal objet des législations modernes ? Le droit romain ne vient-il pas à l'appui de presque toutes les dispositions de notre Code, au moins des préceptes généraux et applicables à toutes les circonstances ? Sans vouloir entrer dans des détails qui ne trouveraient pas leur place dans le cadre restreint de ces considérations générales, notre ordre successoral, tel qu'introduit dans notre droit par les codificateurs, n'est-il pas la copie fidèle et exacte des Novelles 118 et 127 de Justinien ? Comment pourrez-vous avoir une juste idée de la prohibition faite à la femme commune en biens de s'obliger avec ou pour son mari, sans remonter aux préceptes du droit romain, tel qu'existant à l'époque immédiatement antérieure à l'adoption du Sénatus-Consulte Velléien ? En un mot, est-ce que la famille et la propriété, et comme conséquence, le mariage, la filiation, les contrats, les successions, etc., ne forment pas aujourd'hui comme autrefois le principal objet du droit privé ? Dès lors, remontons à la source de ces dispositions législatives, et demandons aux Romains le secours de leurs lumières et de leur génie.

Au reste, ces considérations ne sont pas nouvelles. Le jurisconsulte qui a si puissamment concouru au projet et à la rédaction définitive de la Législation civile de la France, Portalis a déjà dit, avec toute l'autorité de son expérience : " La science du droit fournit tous les matériaux à la Légis-" lation. La Législation choisit dans la science tout ce qui " peut intéresser directement la société. Ce ne sera pas connaître " nos Codes que de les étudier seulement en eux-mêmes. *Il faut,* " *pour comprendre le Droit Français, remonter au Droit Romain.* " Le Législateur français a rassemblé un certain nombre de " principes, leur a donné force de loi ; mais c'est dans le *Droit* " *Romain* que se trouve le développement de ces principes, et " que la loi est reconnue *l'œuvre et le produit de la raison.*"

Un troisième motif pour nous déterminer à étudier les lois romaines, est qu'en dehors des cas prévus par notre Code et nos lois statutaires, et les lois françaises en force en 1663, elles sont encore en pleine vigueur parmi nous. J'avoue que les cas, sont assez rares où l'on pourra invoquer ainsi le droit romain comme texte de droit positif; mais quelques rares qu'ils puissent être, ils présentent indubitablement une utilité pratique.

Enfin, considéré comme enseignement moral, le droit romain offre encore une leçon précieuse que nous ne devons point laisser perdre.

La morale du droit romain, c'est la morale du stoïcisme épuré par le christianisme.

Un poëte avait ainsi résumé le droit pratique de son temps :

Esto bonus miles, tutor bonus, arbiter idem
Integer ; ambiguæ si quando citabere testis
Incertæque rei, Phalaris licet imperet ut sis
Falsus, et admoto dictet perjuria tauro,
Summum crede nefas animam præferre pudori,
Et propter vitam vivendi perdere causas.

Mais à ces dogmes austères de la probité, le chistianisme ajoute la doctrine de la fraternité humaine, de la charité, d'un Dieu juste, rémunérateur et vengeur.

C'est donc avec une raison juste et profonde que les jurisconsultes les plus célèbres, anciens et modernes, ont fait de l'étude de la législation romaine la base de l'étude du droit et la source constante de l'instruction juridique.

Comme eux, allons puiser la science du droit dans l'étude approfondie et raisonnée des jurisconsultes romains. Ne nous laissons pas rebuter par les premières difficultés que nous rencontrerons sur notre route ; mais attaquons-les de front, et soumettons-les à notre domination. Et nous ne tarderons pas à trouver des délices et des jouissances dans la contemplation des conquêtes de notre intelligence, fruit de travaux constants et opiniâtres.

Subissons avec le monde entier la douce influence de la doctrine romaine. Le droit de Rome n'est-il pas doué de cette

vitalité en même temps que de cette puissance d'expansion qui lui a soumis tous les peuples, et assuré, sinon à ses prescriptions, du moins à ses doctrines, une domination constante, sans interruption, sans interrègne? Etrange destinée de cette législation! Son berceau se perd dans les traditions et les mythes de l'antique Italie; peu à peu, elle se dégage des voiles et des images du symbole pour arriver à la raison sévére et à la précision du génie politique. Bientôt, à la faveur des conquêtes, et sur les traces de l'aigle romaine, ses règles asservissent une partie du monde. Sur les ruines de la république et de la domination impériale, son essor scientifique ét littéraire est demeuré l'immortel enseignement de toutes les législations. Respectée du christianisme, elle a mis à côté de la morale du Christ, ses principes empruntés au portique; l'invasion des peuples barbares ne l'a pas emportée dans son torrent; restée le droit des vaincus à côté des lois salique et ripuaire, elle modifie peu à peu le droit et les mœurs des vainqueurs; et, après un empire silencieux de quatre siècles, se réveille brillante en Italie; de son antique patrie passe en Allemagne, où elle devient le droit commun; en France, où elle gouvernait déjà en maîtresse la moitié du territoire; en Amérique, où elle révèle ses doctrines à un monde nouveau; et enfin, outre la puissance positive, elle subsiste au milieu des législations modernes, comme un monument indestructible, et comme l'éternelle et mystérieuse école des jurisconsultes et des penseurs.

Voilà quel est le droit romain, sa puissance et sa durée!

HORACE ARCHAMBEAULT,
Avocat Licencié en Droit.

LA THÉMIS

REVUE DE LÉGISLATION, DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

RÉDIGÉE PAR

L'HON. T. J. J. LORANGER.
B. A. T. DE MONTIGNY, Avocat.
E. LEF. DE BELLEFEUILLE, Avocat.
CHS. C. DE LORIMIER, Avocat.
EDOUARD A. BEAUDRY, Notaire.
JOSEPH DESROSIERS, Avocat.

VOL. I. JUILLET 1879. No. 6.

LE JUGE DOIT-IL DECIDER SUIVANT LA LOI?

Tout n'est pas consigné dans nos Codes, et les textes qui semblent laisser moins de lacunes sont souvent ceux qui prêtent le plus à des interprétations diverses.

Rien ne parait plus simple que les articles de notre Code de Procédure Civile déterminant la juridiction de nos tribunaux, et, pourtant, les recueils judiciaires traduisent l'incertitude où l'on est sur bien des questions de compétence, qui n'ont pas été prévues par la loi telle qu'amendée. D'autres dispositions, disons-le, semblent avoir décidé des points d'où les savants ne peuvent se diriger vers la certitude, quoique beaucoup d'humbles intelligences soient surprises que l'on puisse se chicaner pour si peu. De fait, il y a, dans l'ordre des érudits, des gens qui font consister la science à ne pas comprendre ce que les autres acceptent comme évident, et, qui le dirait, cette science est rémunérative !

Occupons-nous d'une question sérieuse, et très-sérieuse, dont

nos codes ne parlent pas et dont la solution peut avoir des conséquences extrêmement importantes.

Nos cours de justice sont-elles obligés de juger suivant la loi ? Singulière question, va-t-on nous répondre. Mais, sans aucun doute, tous nous diront. Tout dans le Code n'indique-t-il pas cette obligation ? Et l'article premier, et l'article troisième, et l'article sixième, et l'article dixième, et l'article onzième, et l'article quatorzième, et l'article quinzième et tant d'autres ? Que disons-nous ? L'existence même de nos lois n'est-elle pas une preuve qu'elles doivent être suivies. Car enfin, qu'est-ce que c'est que la loi ? Ce n'est ni un conseil ni une invitation. Ce n'est (et nous prenons ici la définition de Puffendorf), autre chose qu'une volonté d'un supérieur par laquelle il impose à ceux qui dépendent de lui l'obligation d'agir d'une certaine manière qu'il leur prescrit. La loi, dit Blackstone, est une règle d'action prescrite par quelqu'être supérieur. Guyot, Vo. Loi, dit, que c'est une règle qui, étant établie par autorité divine ou humaine, oblige les hommes à certaines choses ou leur en défend d'autres.

Tous donc s'accordent à dire que c'est une règle à suivre.

Donc, chacun doit se conformer à la loi.

Or, le premier caractère de la puissance judiciaire, chez tous les peuples, est de servir d'arbitre. Pour qu'il y ait lieu à action de la part des tribunaux, il faut qu'il y ait contestation. Pour qu'il y ait juge, il faut qu'il y ait procès. Tant qu'une loi ne donne pas lieu à une contestation, le pouvoir judiciaire n'a donc point occasion de s'en occuper. Donc, il faut qu'il juge suivant la loi. " Le magistrat est esclave de la loi ; c'est dans l'exécution sévère, dans l'application exacte, dans l'obéissance implicite aux volontés du Législateur, qu'il doit faire consister sa gloire ; chargé de règler, d'après la loi, les intérêts individuels, c'est le respect pour cette loi qui constitue le premier et le plus important de ses devoirs." Voilà ce que disent à l'unanimité les doctes jurisconsultes de tous les temps, depuis les Romains qui érigeaient comme axiome *dura lex sed lex*.

Et nous ne connaissons aucune disposition qui en exempte nos juges.

Comment se fait-il qu'une grande partie d'entre eux aient refusé de se soumettre à des lois bien et duement adoptées par les trois branches du pouvoir Législatif ? N'est-ce pas ce qui est arrivé dans la cause L'hon. Angers vs. The Queen Ins. Company, où la Cour Supérieure a déclaré, le 12 avril 1877, le chap. 7 de 39 Vict. inconstitutionnel ? N'est-ce pas ce qu'a fait la Cour du Banc de la Reine en appel, le 14 déc. 1877, en confirmant ce jugement, et ce qu'a aussi fait le Conseil Privé ? N'est-ce pas ce qu'a fait la Cour d'Election, le 25 mars 1874, dans Duval vs. Casgrain et Michaud, en déclarant certaines clauses de l'acte d'élection inconstitutionnelles ? N'est-ce pas ce qu'a fait la Cour de Révision en 1875, dans Ryan et al. vs. Devlin, et dans Owens et al. vs. Cushing ? N'est-ce pas ce qu'a dit la Cour de Circuit en 1871, dans Bélisle vs. L'Union St. Jacques et que n'a pas blâmé le Conseil Privé ? N'est-ce pas ce qu'a prétendu la Cour Supérieure le 31 Mai 1879, dans Ross et al vs. Torrance es qual. et la Cité de Montréal ?

Devons-nous être scandalisés de cette insubordination ou devons-nous nous en réjouir ? Pour nous, nous le proclamons de suite : nous sommes de ceux qui désirent que tous se conforment à la loi. Chaque société a un but commun vers lequel elle tend sans cesse et qui forme sa mission spéciale, sa tâche particulière dans l'œuvre générale de l'humanité ; c'est dans l'accomplissement de cette tâche que consiste sa marche progressive, et chacun de ses progrès n'est qu'un pas qui rapproche de ce but. Gouverner une nation, c'est donc la diriger vers son but, c'est prévoir et coordonner les actes qui y tendent, c'est y faire concourir tous les efforts individuels. Or il est impossible d'y parvenir sans que les individus se soumettent aux lois ; et les tribunaux doivent les y contraindrent dans la mesure de leur juridiction, quand ils y sont appelés.

Qui fait la loi ? Grave question !

Les parlementaristes, les partisans de la révolution et de la souveraineté du peuple disent : C'est la volonté générale manifestée par le vote de la majorité. " Toute aggrégation d'hom-

mes, dit Merlin, constituée en peuple, est par cela seul souverain. C'est donc à elle qu'il appartient, et il ne peut appartenir qu'à elle, de tracer les règles auxquelles doivent être soumis tous ses membres."

Nous nous redressons contre cette origine du pouvoir et nous sommes trop dignes pour consentir à nous soumettre aveuglément à une loi ayant une source aussi peu relevée. Et nous ne pensons pas que quand St. Paul, dans son Epitre aux Romains, dit : " Que toute âme soit soumise aux puissances supérieures ", qu'il ait voulu nous soumettre à une majorité souvent intrigante, menée par la terreur ou les passions mauvaises. Sans nous occuper ici de l'autorité paternelle et de l'autorité religieuse, et pour ne parler que de l'autorité civile, nous disons qu'elle a son origine et sa source au ciel, dans son fonds et son essence, quoique Dieu n'ait pas établi d'une manière précise et définie la forme du pouvoir dans le gouvernement civil. Il en a laissé le choix aux hommes suivant les circonstances des temps et des lieux, selon les usages et les besoins des populations. Or, que l'autorité revête les formes de la monarchie,de l'aristocratie ou de la démocratie, c'est toujours *par Dieu que les rois règnent, et c'est par lui que les Législateurs ordonnent ce qui est juste.* (La Sagesse, Prov. VIII. 15.). Et c'est parceque nous attribuons à l'autorité une origine aussi noble que nous consentons à nous y soumettre sans humiliation.

Le principe auquel nous adhérons de tout cœur n'empêche pas qu'il appartient au Juge de connaître de la constitutionnalité de la loi ; au contraire, il entre dans le pouvoir du juge, d'examiner tout d'abord la compétence du prétendu Législateur. Aussi, quand on demande au juge de vérifier tout d'abord la compétence du prétendu Législateur, c'est en réalité lui demander de rechercher si la loi du pouvoir inférieur ne viole pas celle du pouvoir supérieur, et au cas affirmatif, d'opter entre la loi supérieure et la loi inférieure, puisque le Législateur inférieur devient précisement incompétent lorsqu'il viole par ses prescriptions la loi supérieure.

Que la Législature ait permis à une corporation municipale

de faire des règlements, et que cette corporation agisse en dehors de ses attributions, en passant des règlements qu'elle n'a pas droit de faire, le tribunal en exonérant un citoyen de se conformer à ce règlement, parce que la loi provinciale n'en a pas permis l'adoption, manque-t-il pour cela de respect à la loi ? Non, car le règlement, qui aurait été loi, s'il eût été passé avec compétence, n'en est pas une, adopté sans cette compétence.

Que le pouvoir qui a donné l'existence à la Législature locale lui ait permis de faire certaines lois, en lui refusant le droit d'agir au-delà ; ce qu'elle fait au-delà de ces pouvoirs est nul et par conséquent n'est pas loi. Donc le Juge, en refusant de se conformer à ces dispositions locales, ne désobéit pas à la loi, mais prouve par cela même son obéissance à la loi.

Ainsi ont dû raisonner nos Juges, quand ils ont décidé les causes sus-mentionnées ; et nous en sommes heureux, car admettant le principe, il faut bien, et ils ont trop de logique pour ne pas le faire, qu'ils en acceptent les conséquences, dont nous allons nous permettre de signaler quelques-unes, et des plus graves, à l'attention publique.

Nous savons bien que ce principe n'est pas admis partout, tant s'en faut, et ce droit quelquefois réclamé par les tribunaux d'autres pays, leur a été infailliblement refusé, si ce n'est aux Etats-Unis, où il est reconnu par tous les pouvoirs.

Mais dira, entr'autres M. de Tocqueville, vous revêtez les Juges d'un immense pouvoir politique, en leur reconnaissant le droit de fonder leurs arrêts sur la *constitution* plutôt que sur les lois. " Ce qu'un étranger, dira-t-il, comprend avec le plus de peine, aux Etats-Unis, c'est l'organisation judiciaire. Il n'y a pour ainsi dire, pas d'évènement politique dans lequel il n'entende invoquer l'autorité du Juge ; et il en conclut naturellement qu'aux Etats-Unis le Juge est une des premières puissances politiques. Lorsqu'il vient ensuite à examiner la Constitution des tribunaux, il ne leur découvre, au premier abord, que des attributions et des habitudes judiciaires. A ses yeux, le Magistrat ne semble jamais s'introduire dans les

affaires publiques que par hasard ; mais ce hasard revient tous les jours."

Mais tant mieux ! Et qu'avons-nous à craindre d'un Juge qui se conduira d'après la loi émané du pouvoir supérieur ?

Maintenant ce n'est pas tout, et il faut, après avoir reconnu le principe, se soumettre de bonne grâce aux conséquences. Au-dessus de la loi municipale, provinciale, fédérale et impériale, il y a la loi d'un autre Législateur. Les pouvoirs législatifs d'ici-bas ne sont que représentants de Dieu. Dieu donc, en leur accordant ce pouvoir, ne leur a pas permis d'aller contre ses lois, mais bien de les renforcer en y ajoutant une force coercitive et une sanction humaine.

Donc les lois humaines ne peuvent contredire les lois divines, pas plus que les lois municipales ne peuvent affecter les lois provinciales ; pas plus que les lois provinciales ne peuvent anéantir les lois fédérales ; pas plus que les lois fédérales ne peuvent mépriser les lois impériales.

Ah ! nous le savons, tous les parlementaristes seront contre nous. Et nous ne ferons qu'en citer que quelques-uns et des plus estimés, pour faire voir de suite où l'on en arrive avec la thérorie de la toute-puissance des pouvoirs humains, sans con trôle. " Delolme, chap. X, dit : *It is a fundamental principle with the English lawyers, that parliament can do every thing : except making a woman a man or a man a woman.*

Ainsi le Parlement formulerait-il des ordonnauces, comme Néron ; commanderait-il un massacre, il faudrait qu'il fut obéi. Ne nous trouvez pas exagéré, ça été dit. Ecoutons Blackstone : " La puissance et la juridiction du Parlement sont si étendues et si absolues, suivant Sir Edouard Coke (4 Hist. 36), soit sur les personnes, soit sur les affaires, qu'aucunes limites ne peuvent lui être assignées..... On peut, ajoute t-il, dire avec vérité de cette Cour : *Si antiquitatem spectes, est vetustissima ; si dignitatem, est honoratissima ; si jurisdictionem, est capacissima.* Son autorité souveraine est sans contrôle, peut faire confirmer, étendre, restreindre, abroger, révoquer, renouveler et interpréter les lois sur les matières de toutes dénominations ecclésiastiques, temporelles, civiles, militaires, maritimes, cri-

minelles. C'est au Parlement que la constitution de ce royaume a confié ce pouvoir despotique et absolu qui, dans tout gouvernement, doit résider quelque part. Les griefs, les remèdes à apporter, les déterminations hors du cours ordinaire des lois, tout est atteint par ce tribunal extraordinaire. Il peut régler ou changer la succession des trônes, comme il l'a fait sous les règnes de Henri VIII et de Guillaume III ; il peut altérer la religion nationale établie, comme il l'a fait en diverses circonstances sous les règnes de Henri VIII et de ses enfants ; il peut changer et créer de nouveau la constitution du royaume et des parlements eux-mêmes, comme il l'a fait par l'acte d'union de l'Angleterre et de l'Ecosse, et par divers statuts pour les élections triennales et septennales. En un mot, il peut faire tout ce qui n'est pas naturellement impossible ; aussi n'a-t-on pas fait scrupule d'appeler son pouvoir, par une figure peut-être trop hardie, la *toute-puissance* du Parlement."

Nous déclarons hautement que nous ne pouvons nous soumettre, ni comme chrétien, ni comme homme à une telle théorie. Comment ! Et que la majorité tombe entre les mains de gens sans aveu, sans principe, comme il arrive souvent, et cette majorité aura le droit de tout faire ! ! Et c'est ce qui est déjà arrivé dans beaucoup de pays ! !

Non ! non ! Il y a au-dessus du Parlement un pouvoir dont il n'est que le délégué et qui ne peut lui avoir permis d'outrepasser les bornes de son mandat et, partant, de la justice. Ce pouvoir-là a aussi promulgué une loi, et qui doit être suivie, par les princes, les peuples et les juges, sans pour cela pécher contre la théorie que le Juge est esclave de la loi. En effet, nous avons, avec Puffendorf, défini la loi " une volonté d'un supérieur." " Or, dit-il, par la *volonté* nous n'entendons pas une simple résolution qui s'arrête dans l'esprit du Législateur, mais une résolution notifiée d'une manière convenable à ceux qui sont sous sa direction, en sorte qu'ils connaissent la nécessité où ils sont de se régler là-dessus. Ainsi *volonté* ne signifie autre chose qu'ordonnance. Il importe même pas que l'on appelle la loi une *volonté* ou un *discours* pourvu qu'on n'aille pas s'imaginer que toute loi doive nécessairement être publiée

ou de vive voix ou écrite. Car il suffit que l'on connaisse la volonté du Législateur de quelque manière que ce soit, même par la lumière naturelle toute seule."

Il existe donc une loi au-dessus de toutes les autres lois, et dont les lois civiles ne sont que la confirmation ou le supplément, et c'est ce que Puffendorf appelle ; " Le droit de nature, ou loi naturelle et que l'on pourrait aussi nommer *loi universelle*, parce que tout le genre humain est tenu de l'observer ; ou *loi perpétuelle*, à cause qu'elle n'est point sujette aux changements comme la loi positive." " Indépendamment de la loi naturelle et de la loi humaine, dit St. Thomas, une loi divine était nécessaire pour mettre l'homme en rapport avec sa fin qui est la béatitude pour le diriger fidèlement." Il y a donc la loi de la morale et la religion.

Les païens eux-mêmes ont reconnu cette loi de la nature. Cicéron, de Rep. lib. III. Apud. *Lactant.* Inst. Div. liv. VI, cap. VIII. dit : " La droite raison est certainement une véritable loi, conforme à la nature, commune à tous les hommes, constante, invariable, éternelle, qui porte les hommes à leur devoir par ses commandements et les détourne du mal par ses défenses...... Il n'est permis ni de retrancher quelque chose de cette loi, ni d'y rien changer, ni de l'abolir entièrement. Le Sénat, ni le peuple ne sauraient en disposer. Elle n'a besoin d'autre interprête que notre propre conscience." Montesquieu, Esprit des lois, dit aussi " Les êtres particuliers intelligents peuvent avoir des lois qu'ils ont faites, mais ils en ont aussi qu'ils n'ont pas faites... Il faut donc avouer des rapports d'équité antérieure à la loi positive qui les établit."

" L'homme comme être physique, est, ainsi que les autres corps, gouverné par des lois invariables ; comme être intelligent, il viole sans cesse les lois que Dieu a établies, et change celles qu'il établit lui-même. Il faut qu'il se conduise, et cependant il est un être borné ; il est sujet à l'ignorance et à l'erreur, comme toutes les intelligence finies ; les faibles connaissances qu'il a, il les perd encore. Comme créature sensible il devient sujet à mille passions. Un tel être pouvait à tous les instants oublier son créateur, Dieu l'a rappelé à lui

par les lois de la religion ; un tel être pouvait à tous les instants s'oublier lui-même ; les philosophes l'ont averti par les lois de la morale ; fait pour vivre dans la société il y pouvait oublier les autres ; les Législateurs l'ont rendu à ses devoirs par les lois politiques et civiles." Voilà le résumé du système qui gouverne les hommes : Loi naturelle, Loi divine, Loi civile.

Ecoutons maintenant des voix plus imposantes : Saint Augustin (De lib. arb. lib. 1 cap. 6.) " La loi qu'on appelle la souveraine raison doit paraître à tout homme intelligent im muable et éternelle."

St. Thomas. (Somme. Quest. XCI.) " Il y a une loi éternelle, c'est la raison qui gouverne tout l'univers et qui existe dans l'intelligence divine."

St. Paul (Rom. II.) " Les gentils qui n'ont pas de loi écrite ont la loi naturelle par laquelle chacun comprend et sent ce qui est bon et ce qui est mauvais."

Enfin nous n'en finirions pas si nous voulions citer les autorités que nous avons sous ce rapport.

En quoi consiste cette loi naturelle ?

Les lois naturelles, dit Guyot, ne sont autres que certaines règles de justice et d'équité que la seule raison naturelle a établies entre tous les hommes, ou, pour mieux dire, que l'auteur de la nature a gravées dans tous les cœurs. Les lois naturelles sont fondées sur la différence essentielle qui se trouve entre le bien et le mal. Les moralistes conviennent que les règles du droit naturel découlent des maximes d'une saine raison.

St. Thomas (Question XCI.) dit : qu'elle est une participation de la loi éternelle, d'après laquelle les hommes discernent le bien du mal... Quoique, dit-il, il y ait dans la loi de nature plusieurs préceptes, cependant on peut les rapporter tous à un seul premier principe, qui nous oblige de faire le bien et d'éviter le mal.

Ainsi donc cette loi, empreinte dans nos cœurs, est le discernement du bien et du mal dont tout homme doué de saine raison acquiert la connaissance.

Comment reconnaître les préceptes de cette loi ?

Hobbes (De civ.) pose en fait que les plus ignorants peuvent s'en instruire par cette seule règle : " Que toutes les fois qu'on doute si ce qu'on veut faire envers les autres est conforme ou contraire au droit naturel, il faut se mettre à sa place."

Puffendorf dit : " Voici donc la loi fondamentale du droit naturel ; c'est que chacun doit être porté à former et entretenir, autant qu'il dépend de lui, une société paisible avec tous les autres, conformément à la constitution et au but de tout le genre humain sans exception."

Ecoutons avec respect la voix de Notre-Seigneur lui-même : " Tout ce que vous voulez que l'on vous fasse, faites-le aussi aux autres, car c'est là la Loi et les Prophètes. Math. VII, 12.

Les lois humaines peuvent-elles être contraires à la loi naturelle ou divine ?

Les païens, les moralistes, les philosophes, les Saints Docteurs, s'accordent à dire qu'elle est immuable. Guyot, en parlant de ces lois dit : " elles ont une partie immuable et qui est la même partout ; et soit que les lois soient écrites ou non écrites, aucune autorité humaine ne peut les abolir n'y rien y changer."

Nous avons vu ce qu'en dit Cicéron.

Ainsi donc cette loi naturelle ne peut être changée ni abolie par les lois humaines qui découlent, dit St. Thomas, de la loi éternelle, selon quelles participent à la droite raison... Les lois naturelles ayant leur justice et leur autorité qui est toujours la même, elles règlent également et tout l'avenir et tout ce qu'il peut y avoir de passé qui reste indécis.

Sans doute il était nécessaire pour la paix et la tranquillité du genre humain que les hommes fissent des lois pour détourner les méchants du mal, par la crainte des châtiments et pour qu'ils puissent faire le bien, mais elles doivent être justes.

On appelle juste, dit St. Thomas, une chose par là même qu'elle est conforme à la règle de la raison, et qu'une loi n'existe qu'autant qu'elle est juste, il est donc nécessaire que

toute loi humaine découle de la loi naturelle qui est la règle première de la raison.

C'est ce que Suarez *Justitia et jure* reproduisait par *Lex injusta non est lex.*

Ainsi donc, il n'y a qu'une autorité, qui a empreint des lois dans le cœur des hommes, et qui en révèle d'autres ; ce sont les lois naturelles gravées dans le cœur des hommes et les lois divines consignées dans les saintes écritures. Les pouvoirs humains ne sont que des mandataires chargés de les faire exécuter ou de régler certains rapports entre les citoyens ; mais sans jamais outrepasser les formes de leurs mandats à peine de nullité. C'est la doctrine reçue en théologie qu'une loi manifestement contraire à la loi divine et naturelle n'oblige pas.

" La loi naturelle ne peut être effacée du cœur des hommes quant à ses principes généraux et universels qui sont connus de tout le monde, mais elle peut l'être quant aux choses particulières et exceptionnelles." (Somm. Q. XCIV, Art. VI.)

Et chose étonnante, les auteurs qui ont le plus prêché la souveraineté des lois humaines ne peuvent s'empêcher de reconnaître dans leur raisonnement le principe que nous adoptons.

Meyer que nous avons cité dit, après avoir prêché l'obéissance à la loi : " C'est ce qui n'empêche pas qu'il appartient au Juge de connaître de la forme extrinsèque de tous les actes de l'administration ; au contraire le tribunal qui, avant d'appliquer une disposition émanée de l'autorité, examine si cette autorité est compétente et si la disposition est rendue dans les formes constitutionnelles, prouve par cela même son obéissance aux premières lois de l'état." Or, nous avons vu que la première loi de tout état, c'est la loi divine et naturelle.

Blackstone (Com. sur les lois anglaises), dit en toutes lettres : " Toutes les lois humaines reposent sur ces deux fondements, la loi de la nature et la loi révélée ; c'est-à-dire que les lois humaines ne doivent jamais y être opposées. Il existe, il est vrai, un grand nombre de points indifférents, sur lesquels les lois divines et naturelles laissent à l'homme sa liberté ; mais il a été reconnu nécessaire, pour le bien de la société, de res-

treindre ces points à de certaines limites. Et c'est en cela que les lois humaines ont le plus de force et d'efficacité ; car, s'il s'agit de points non indifférents, les lois humaines ne font qu'émaner ce que dictent les lois naturelles et divines et s'y conforment dans leur action."

Et en Angleterre pourquoi donc a-t-on établi les Cours d'Equité ?

The Chancellor, dit Johnson, en son dictionnaire, hath power to moderate and temper the written law, and subject himself only to the law of nature and conscience, " for which definition, dit Delolme, dean Swift and Cowell, who was a lawyer, are quoted as authorities."

Toutes les Cours Supérieures désignées sous les noms de High Court of Chancellery, Court of Queen's Bench, Court of Common Pleas, Court of Exchequer, High Court of Admiralty, Court of Probate, Court of Divorce and Matrimonial causes and London Court Bankrupcy, lesquelles ont été unies en une Cour Suprême par l'acte de judicature de 1873, n'étaient-ils pas des tribunaux chargés de juger suivant la loi et l'équité ?

Et les deux divisions permanentes de cette Cour Suprême, savoir : la Haute Cour de Justice de Sa Majesté et la Cour d'Appel de Sa Majesté n'ont-elles pas, par l'acte 36, 37 Vict. ch. 66, s. 24, (Imp.), mission de juger suivant la loi et l'équité ?

" In every civil cause or matter commence in the High Court of Justice law and Equity shall be administered by the High Court of Justice and the Court of Appeal respectively.

Et cette loi naturelle n'avait-elle pas à Rome sa supériorité comme en Angleterre ? " La théorie d'un ensemble de principes de droit devant, en vertu de leur supériorité intrinsèque, être au-dessus des anciennes lois, eut cours de bonne heure à Rome et en Angleterre. (Main, ancienne loi.)

En effet, " toutes les nations, disent les Institutes de Justinien, qui sont régies par des lois et des coutumes, sont gouvernées, en partie par leurs lois particulières et en partie par les lois communes à tout le genre humain. Le droit qu'un peuple se fait s'appelle droit civil de ce peuple ; mais celui que

la raison naturelle dicte à tout le genre humain, s'appelle droit des nations, parce que toutes les nations s'en servent."

Quant aux *lois* divines, ce sont celles que Dieu a données aux hommes et qui se trouvent renfermées dans l'Ecriture Sainte Tels sont les préceptes du décalogue et ceux qui se trouvent répandus dans l'évangile.

Nous ne pensons pas devoir insister sur l'existence de la loi divine. " Le premier supérieur, dit Toullier, c'est Dieu. C'est ici l'un des dogmes fondamentaux de la morale et de la société civile, un de ces dogmes dont l'importance a été sentie par tous les Législateurs, tant anciens que modernes et par tous les vrais philosophes. C'est de la divinité que Cicéron fait dé river les lois."

Inutile d'insister aussi sur la supériorité des lois divines sur les lois humaines.

C'est une doctrine reçue en théologie ; qu'une loi manifeste ment contraire à la loi divine ou naturelle n'oblige pas.

Le pouvoir civil n'est qu'un pouvoir délégué *omnis potestas a Deo* ; il ne peut donc agir que dans les limites de son mandat et se trouve par suite radicalement impuissant à modifier la loi divine en ce qu'elle a de général et d'universel.

Or, la première condition, dit Gustave Thery, (Revue cath. des Institutions et du Droit) pour qu'une loi soit une loi, c'est qu'elle émane de celui qui a qualité pour la porter.

Maintenant, posons notre question. Le Juge doit-il juger suivant la loi ? Oui. Or, comme une ordonnance contraire à la loi divine ou naturelle n'est pas une loi, il s'en suit, qu'il n'est pas obligé de juger suivant cette ordonnance.

" En effet, il entre donc, dit encore Thery, nécessairement dans le pouvoir du chrétien qui juge, d'examiner tout d'abord la compétence du prétendu législateur. C'est ce qui se fait tous les jours, sans même qu'il y ait conflit avec la loi divine, et alors qu'il s'agit de rechercher si l'auteur de la loi avait qualité pour la porter." Les annales judiciaires en renferment de nombreux exemples, c'est ce qu'attestent les décisions que nous avons signalées.

Nous avons examiné le serment d'office que prêtent les

Juges et rien n'est contraire à cette théorie, qui a pour effet de favoriser une alliance réelle et nécessaire entre le droit civil et la morale et la religion, condition de la solidité des institutions de l'Etat, et d'où dépend la paix de la société et le bonheur de chacun ; d'enoblir la source du pouvoir et de le maintenir dans les bornes de la justice.

Montréal, Juillet 1879.

B. A. T. DE MONTIGNY.

LA QUESTION DE BANLIEUE.

Dans une cause jugée (1) il y a quelques termes, la Cour d'Appel a infirmé un décret fait au bureau du Shérif, d'un immeuble situé dans l'enceinte d'une des nouvelles paroisses démembrée de l'ancienne paroisse. Cette décision fait surgir de graves intérêts, et se rattache à des considérations importantes. Elle est maintenant en délibéré devant la Cour Suprême.

L'extrait suivant de la plaidoierie de l'honorable T. J. J. Loranger, qui de concert avec l'honorable R. Laflamme et G. B. Cramp, Ecuier, avocat, a soutenu l'appel, mettra nos lecteurs au fait de la nature du litige et de l'état de la question.

La Rédaction.

Cette question, a dit l'éminent jurisconsulte, se rapporte à une pratique judiciaire qui remonte à plus d'un siècle, c'est-à-dire à la création des offices de Provost Marshal et de Shérif en ce pays. Depuis cette époque jusqu'à ce jour, toutes les ventes judiciaires d'héritages situés dans la ville, plus tard la cité de Montréal et le territoire extra-mural qui, avec la ville composait l'ancienne paroisse de Montréal, ont été faites au bureau du Shérif.

De fait, avant la passation par l'ancien Conseil Législatif de l'Ordonnance 25 George III, chap. 2, par les anciens praticiens, appelée *la quatre-vingt-cinquième* (2), toutes les ventes paraissent avoir été faites au bureau des Shérifs des districts où étaient respectivement situés ces héritages.

(1) Fauteux, Appelant, vs. La Compagnie de Prêt de Montréal, Intimé. Il a été jugé dans cette cause, que les immeubles situés dans les nouvelles paroisses démembrées de l'ancienne paroisse de Montréal, doivent être vendus aux portes des Eglises des nouvelles paroisses, et non au Bureau du Shérif.

(2) Cette Ordonnance fut passée en 1785, de là son appellation.

L'Ordonnance a, sous forme de disposition générale, établi une exception à cette règle, en disant : " Les terres tenues en " roture seront vendues à la porte de l'église de la paroisse où " la saisie aura été faite." Pour bien comprendre le sens de cette exception, il faut se rappeler les tenures des biens alors en vigueur. Il y en avait trois : la tenure féodale, la tenure en roture ou censive et la tenure en franc et commun soccage. La tenure en fief était la tenure noble ou la tenure sous laquelle les seigneurs possédaient leurs seigneuries ; la tenure en censive était celle de leurs censitaires ou la tenure roturière, et la tenure en franc et commun soccage était celle des townships empruntée au régime anglais. Les deux autres étaient les tenures en usage lors de la Cession du pays. Pour distinguer ces deux derniers genres de tenures, on disait terre en fief ou terre en roture.

Pour suivre l'ordonnance à la lettre, il n'eut fallu vendre au bureau du Shérif, que les terres tenues en fief, ou les seigneuries, et les terres situées dans les townships ou tenures en franc et commun soccage et vendre à la porte de l'église paroissiale, tous les autres biens, qu'ils fussent situés dans les villes ou hors des villes, car comme toutes les villes (plus tard cités) savoir les villes de Québec, Montréal et Trois-Rivières qui étaient en 1785 les seules en existénce, composaient des paroisses, l'Ordonnance ne faisant aucune différence entre les paroisses urbaines et les paroisses rurales, il n'était pas au pouvoir du Shérif d'en faire.

Cependant les Shérifs et en particulier celui de Montréal, jusqu'à 1861, date de la refonte des Statuts, c'est-à-dire pendant 76 ans, vendaient sans aucune modification apportée à l'ordonnance de 1785, à leur bureau, non-seulement les biens roturiers situés dans la ville, mais encore les biens situés dans la partie extra-murale, la paroisse. Les biens situés dans les townships et dans les seigneuries, continuèrent pendant la même époque à être vendus au bureau du Shérif, la seule exception se rapportant aux paroisses rurales.

Pour suivre la lôi à la lettre, les biens en roture situés dans la ville, ou en dehors de la ville, mais renfermés dans la

paroisse, eussent dû être vendus à la porte de l'église paroissiale. Pour des raisons que l'on ne peut que conjecturer, des raisons de convenance, probablement à cause de la proximité des biens saisis avec le bureau du Shérif et les inconvénients d'une vente faite à la porte de l'église d'une ville dont la population allait en s'augmentant, le Shérif de Montréal, pour ne parler que de celui-ci, prit pour limites de sa juridiction territoriale au sujet de la vente des biens en roture, non la délimitation de la ville, mais celle de la paroisse, sans faire de distinction entre les biens urbains ou ruraux situés dans les limites de cette paroisse, précisément comme il aurait dû la faire, si l'ordonnance avait dit : " Les biens en roture seront vendus à la porte de l'église de la paroisse où ils seront situés, à l'exception des biens situés dans les paroisses urbaines qui continueront à être vendus au bureau du Shérif." Lors de la refonte des Statuts du Bas-Canada, en 1861, la tenure des biens situés dans les seigneuries avait changé par l'acte seigneurial de 1854 et ses amendements, la tenure féodale avait été abolie et tous les biens furent dorénavant soumis à une seule tenure, la tenure en roture, mais dégrevée de redevances, libre, et pour cela appelée franc alleu roturier. Le terme générique de roture ne cessa cependant pas de leur être applicable.

Ayant à refondre les lois du décret, les commissaires reviseurs durent se trouver fort empêchés quand il leur fallut reproduire la disposition sus-citée de l'ordonnance de 1785. Ils reconnurent l'insuffisance de cette disposition et surtout ils s'aperçurent que les Shérifs en avaient contrarié le sens, en vendant à leur bureau les biens situés dans les paroisses urbaines ; de là la nécessité de compléter la disposition et de valider dans un but de haut intérêt public, les ventes nombreuses illégalement faites, en même temps que de continuer pour l'avenir le système suivi depuis 1785. C'est ce qu'ils firent par la clause 4, second paragraphe du chap. 85, des Statuts Refondus du Bas-Canada, intitulé : " Acte concernant les saisies et ventes par autorité de justice." La dernière partie de cette clause et le paragraphe second sont ainsi conçus : " Et

" les terres en roture seront vendues à la porte de l'église " de la paroisse, où elles ont été saisies, excepté que les terres " ou tenements dans les cités, la ville ou autre chef-lieu où se " tient le bureau du Shérif ou dans la banlieue (si aucune il " y a) de tels endroits pourront être vendus comme ils l'ont " été d'une manière légale au bureau du Shérif.

" 2o. Les terres et tenements tenus en franc et commun " soccage ou autrement qu'en roture seront vendus comme ils " l'ont été ci-devant d'une manière légale au bureau du " Shérif-"

Cette disposition pourrait elle-même être plus claire. Cependant il est impossible d'en ignorer l'objet qui est de valider pour le passé les ventes dans les paroisses urbaines en légalisant le système suivi, de perpétuer ce système et de l'appliquer à la condition nouvelle du pays. Ce système avait été de vendre dans les bureaux du Shérif les biens des paroisses où ils étaient situés et depuis 1785 plusieurs districts judiciaires avaient été érigés, surtout par la décentralisation judiciaire de 1857.

Il fallait donc appliquer à ces nouveaux districts la pratique suivie sous l'Ordonnance de faire des bureaux tenus dans les villes, chef-lieux de ces districts, le siége du décret, des biens situés dans la ville. Celles de ces villes qui n'étaient pas érigées lors de la Cession du pays, n'avaient pas de banlieue, création d'origine française ; il n'y a donc qu'aux villes fondées sous l'ancien régime que s'appliquent les mots ajoutés : " ou dans la banlieue (si aucune il y a à tel endroit) c'est-à-dire, aux villes de Montréal, Québec et Trois-Rivières. Pour les autres villes, n'ayant pas de banlieue, l'addition était inutile.

On objecte aujourd'hui que la Cité de Montréal n'a pas et n'a jamais eu de banlieue et que partant les ventes alors faites et celles à faire plus tard dans le bureau du Shérif, des biens situés dans les limites de l'ancienne paroisse de Montréal, mais en dehors des limites de la cité, ne sont pas couvertes par cette disposition. La conséquence sera alors que la législation de 1861 n'a pas voulu valider pour le passé les ventes faites des

biens extra-muraux situés dans la paroisse de Montréal et en confirmer la légalité pour l'avenir.

Mais cette conséquence, inadmissible en droit l'est aussi en fait, car Montréal comme toutes les villes de la Nouvelle-France et comme toutes les villes de la France ancienne a eu une banlieue en vertu du droit coutumier introduit en ce pays, ce qui sera démontré plus tard.

Pour le moment poursuivons le progrès de la législation sur la matière. La clause 37 de l'acte 27 et 28, Victoria chap. 39, est ainsi conçue : " Toutes ventes par un Shérif de terres " et tenements tenus en franc et commun soccage ou autre- " ment qu'en roture, ou en franc alleu roturier, seront faites " et annoncées au bureau d'enregistrement de la division " d'enregistrement dans laquelle ils sont enclavés, et les terres " tenues en roture ou en franc alleu roturier continueront à " être vendues comme elles l'ont été jusqu'à ce jour, à la " porte de l'église où elles ont été saisies ; excepté toujours " que toutes terres et tenements, quelqu'en soit la tenuret " situés dans la cité, ville ou autre chef-lieu où est tenu le " bureau du Shérif ou dans la banlieue (s'il en est) et telle " localité pourront être vendus comme ils l'ont été légalemen. " jusqu'à ce jour."

Dans l'intervalle de 1861 à 1864, le Shérif de Montréal avait continué à vendre tous les biens, ceux situés en dehors des limites de la cité comme ceux compris dans ses limites.

Dans cette nouvelle loi, toutes les ventes sont déclarées valides. Point d'exception au sujet des ventes faites ou à être faites à Montréal.

La seule disposition de cette loi nouvelle paraît être de faire vendre dans les bureaux d'enregistrement, les biens tenus en franc et commun soccage, c'est-à-dire les biens des Townships au lieu de les faire vendre au bureau du Shérif, tel que ci-devant pratiqué.

Sous cette loi donc, étaient vendus au bureau du Shérif, les biens situés dans les cités, villes ou endroits chefs-lieux où se trouvaient situés les bureaux ou dans les banlieues, au bureau

du régistrateur, les biens tenus en franc et commun soccage et les autres aux portes d'église de leur paroisse.

Le Code de Procédure Civile a reproduit (article 671) cette disposition du Statut 27 et 28 Victoria, chapitre 39, et celle ci-haut citée des Statuts Refondus du Bas-Canada, de la manière suivante :

" Les immeubles saisis, possédés en franc et commun soc-" cage, ou autrement qu'en roture ou en franc alleu roturier, " ne peuvent être mis aux enchères finales et adjugés, qu'au " bureau du Régistrateur de la division d'enrégistrement où " ils sont situés.

" Les immeubles qui sont situés dans la cité, ville ou chef-" lieu, où se tient le bureau du Shérif, ou dans la banlieue " s'il y en a, doivent être mis aux enchères et vendus à ce " bureau.

" Tous les autres immeubles doivent être mis aux enchères " et vendus à la porte de l'église paroissiale de la localité où " ils sont situés."

Sous cet article, le Shérif de Montréal a continué à vendre, à son bureau, les biens saisis dans la paroisse entière. Quand les portions de territoire situées en dehors des limites de la ville, furent distraites de l'ancienne paroisse, et érigées civilement en paroisses nouvelles, le Shérif a encore continué à vendre à son bureau, les immeubles saisis dans leur enceinte. On argue ces ventes de nullité, en prétendant qu'elles devaient se faire à la porte de l'église de ces paroisses.

Quant aux portions de ces paroisses nouvelles, situées dans la cité de Montréal, il ne peut exister de question, les ventes doivent s'en faire au bureau du Shérif. C'est par rapport au territoire de ces paroisses situé en dehors des limites de la cité, mais qui formait partie de l'ancienne paroisse, que la difficulté existe. Le territoire extra-mural a-t-il jamais constitué une banlieue ? la banlieue de Montréal ? sinon a-t-il été considéré comme banlieue par la législature, et les tribunaux ? voilà la question.

Sous l'ancien régime en France, les banlieues existaient de droit commun, et sans érection particulière. La banlieue était

une ceinture de territoire adjacent aux limites d'une ville et en faisant le tour, où se publiaient les bans de la ville, et qui relevait de sa juridiction. L'étendue de ce territoire, différait suivant les lieux et les coutumes, mais dans le silence de la coutume, il était d'une lieue de profondeur. De là l'étymologie du mot (lieue du ban) *banlieue.*

Loysel, Institutes coutumières, Glossaire, du Droit Français, Banlieue, tome 2, page 415, Banlieue (Banluca) " c'est la " lieue autour de la ville, le territoire dans lequel le seigneur " de la ville a droit de ban et justice."

Ferrière—Grand Coutumier.

Sur l'article 85, Titre 2, Des censives et droits seigneuriaux, Tome I, page 1292. " La banlieue de Paris est le tour et cir- " cuit de Paris, contenant environ une lieue."

Charondas dit que : " C'est le détroit ou l'étendue dans " laquelle peut se faire le ban, c'est-à-dire, la proclamation de " la ville et s'entend l'échevinage et justice d'icelle, qui com- " prend une lieue de tour."

Nouveau Denizart—Banlieue, tome 3, page 182 :

" On entend par banlieue une certaine étendue de territoire " auprès d'un lieu principal, lequel participe plus ou moins " aux priviléges des habitants de ce lieu principal, ou aux " charges qui leur sont imposées."

" La banlieue est ordinairement d'une lieue de circonférence ; " telle est la règle générale à laquelle il faut se référer, tant " qu'il n'y a pas de mesure fixée par l'usage, par titre particu- " lier ou par la coutume."

Ferrière—Nouveau commentaire sur la Coutume, sur le titre 85 des censives et droits seigneuriaux, tome I, page 166.

" La banlieue est une lieue autour de la ville, en dedans de " laquelle peut se faire le ban, c'est-à-dire les proclamations de " la ville, et jusqu'où s'étend l'échevinage et justice d'icelle " selon Ragueau."

On peut multiplier à l'infini, les citations.

Il parait résulter abondamment, de ces citations, qu'en France, il existait pour chaque ville, de droit commun, une

banlieue, dont l'étendue si elle n'était pas fixée par la coutume, ou par quelques règlements, était d'une lieue.

Non seulement les villes avaient des banlieues, mais encore les forts et lieux fortifiés.

Nous en avons un exemple dans la banlieue de Chambly appelé Fort Pont Chartrain de Chambly, qui a été l'objet d'un arrêt du conseil d'état du roi de France, rendu le 22 juin 1712, fixant l'étendue de cette banlieue à trois cents toises au-dessus et au-dessous du dit fort, faisant en tout six cents toises de front sur trois cents toises de profondeur ainsi qu'on peut le voir à l'arrêt du conseil supérieur de Québec, en date du 5 décembre de la même année, ordonnant l'enregistrement de l'arrêt royal, Edits et Ordonnances, vol. 2, pages 158 et 159.

Cependant il n'apparait nulle part de l'érection particulière d'une banlieue pour ce fort, laquelle devait exister de droit commun, et en vertu des usages militaires et civils de la mère-patrie.

Trois villes seulement ont été établies dans la Nouvelle-France, sous l'ancien régime, Québec, Trois-Rivières et Montréal.

Il est constant qu'à l'entour de Québec et Trois-Rivières, il y avait une banlieue.

Pourquoi, aurait-on fondé Montréal, à des conditions différentes des autres villes ? Si l'on objectait qu'il n'existe aucune preuve écrite de cette érection, en banlieue, on répondra qu'il n'en existe pas non plus, pour les banlieues de Québec et Trois-Rivières.

Dans l'édit d'érection des paroisses de Québec et des Trois-Rivières, promulgué en 1727, il n'est pas plus question de banlieue, dans la circonscription territoriale de ces deux paroisses, qu'il n'en existe pour Montréal.

Je ne connais aucune mention législative de la banlieue de Montréal sous l'ancien régime. Mais je la trouve dans l'Ordonnance du Conseil Législatif 27 George III, chap. 6, passé en mil sept cent quatre-vingt-dix-sept (1797), intitulée " Ordon-" nance pour établir les cours de juridiction criminelle dans " la province de Québec ", par laquelle il est décrété " qu'il

" est loisible aux Juges de paix assemblés en séance de quar-
" tier, de nommer tels et autant de particuliers qu'ils vou-
" dront, dans les villes et banlieues de Québec et de Montréal,
" pour mettre à exécution les ordres des cours et conserver la
" paix publique". Ici se trouve la première mention d'une banlieue à Montréal, mais on peut dire la même chose de Québec. L'érection des villes de Québec, Montréal et Trois-Rivières, faite en 1795 par Lord Dorchester, ne répète pas la mention d'une banlieue. La première fois et la seule fois, qu'il est ensuite question des banlieues de Québec et des Trois-Rivières, c'est dans la division électorale de la province faite en vertu des Statuts consolidés par le chap. 75 des Statuts Refondus du Bas-Canada.

Dans ces lois, il est question de ces banlieues, parce que le territoire connu sous ce nom, était adjoint à ces villes, ou partie de ces villes, pour former un collége électoral, pendant qu'il n'en était pas ainsi pour la cité de Montréal, dont le territoire était divisé en trois colléges électoraux, sans aucune annexion de territoire en dehors des limites. Mais qu'il existât ou non une banlieue, à Montréal, il suffit que la Législature l'ait reconnu, pour que le résultat soit le même. Or, en validant les ventes faites aux bureaux des Shérifs, de territoires en dehors des cités, mais situés *dans les banlieues*, à quel territoire pourrait s'appliquer cette validation, sinon aux endroits où le Shérif devait vendre en dehors des limites des cités, mais dans l'enceinte de la paroisse. C'était surtout à Montréal, que ces ventes avaient été nombreuses et y a-t-il apparence que la loi a voulu exclure du bénéfice qu'elle conférait la localité où les ventes avaient été faites en plus grand nombre. Cette disposition ayant été faite pour l'avenir comme pour le passé, la conséquence est que les Statuts Refondus, aussi bien que le Code de Procédure Civile, ont voulu perpétuer l'ancien état de chose, en le légalisant et que les ventes que l'on veut traiter comme irrégulières, sont légitimes.

Quelle serait la conséquence d'une opinion contraire ? c'est que toutes les ventes faites depuis 1861, ont été nulles, aussi bien que celles faites avant l'érection des nouvelles paroisses, que depuis.

A propos de ces nouvelles paroisses, l'on prétend qu'à tout événement, les ventes faites dans leur enceinte, auraient dû l'être à la porte de leur église. Mais c'est là faire une distinction sans différence.

Ces ventes faites au bureau du Shérif, sont exactement comme les ventes dans l'ancienne paroisse, qui auraient dû être faites à la porte de l'ancienne église, et elles ne sont pas plus invalides les unes que les autres. Les dernières ont été légalisées ; pourquoi les autres ne seraient-elles pas tenues pour légales ?

En dehors de ces raisons on peut invoquer en faveur de ces ventes près d'un siècle d'usage et à part la lettre de la loi, il y a prescription en faveur de cette pratique qui s'est enracinée dans nos coutumes judiciaires et qu'il serait trop tard de blâmer aujourd'hui.

(Nous reproduirons plus tard l'autre partie de cet habile plaidoyer, qui touche à ce second aperçu de la question.)

La Rédaction.

LA CODIFICATION DES STATUTS DU BAS-CANADA.

L'on sait que le gouvernement local a suspendu cette œuvre importante commencée sous celui qui l'avait précédé. Pour donner à nos lecteurs une idée du progrès qu'avait fait la codification et de l'utilité de cette entreprise, nous reproduisons aujourd'hui le premier rapport des commissaires, fait pendant la session de 1878.

La Rédaction.

Les soussignés Commissaires nommés pour opérer la classification, révision et refonte des Statuts Généraux de la Province de Québec, ont l'honneur de faire leur premier Rapport :

Nommés par Commission sous le grand sceau de la Province, en date du seize août dernier, il ont sans délai com mencé les travaux de cette œuvre importante.

On ne peut en thèse générale, exagérer l'utilité, nous pourrions dire la nécessité des collections, recueils ou refontes des lois écrites ou coutumières ou des compilations des usages judiciaires. Procédé aujourd'hui connu sous le terme générique de Codification. Réunir en un corps régulier de lois la masse indigeste de dispositions législatives, éparses dans d'innombrables volumes, les coordonner, les simplifier, les soumettre à une rédaction claire et laconique, en les réformant, faire du tout un recueil méthodique et précis débarrassé de la verbosité du style légal et rendu intelligible à la masse des citoyens, est une idée d'une nature tellement intime avec les premiers besoins de l'ordre social, qu'elle a de bonne heure germé dans les esprits enclins à extirper les abus et à opérer les réformes. Cette nécessité s'est imposée à tous les peuples, à des époques plus ou moins reculées de leur Histoire.

Cette idée féconde, qui a, sous Justinien, produit le corps

de Droit Civil, grâce aux travaux du moine Gratien, des Papes Grégoire IX, Boniface VIII et Clément V du Droit Canonique, le Code Frédéric en Prusse, et en France le Code Napoléon, prototype de tous les Codes contemporains, a, en Amérique, créé le Code Civil de la Louisiane et celui du Bas-Canada.

Cette dernière œuvre ne fut pourtant pas son premier fruit dans notre pays. Avant la codification de nos lois civiles, nous avions déjà eu deux collections de notre législation statutaire ; l'une en 1845 et l'autre en 1861, à seize ans d'intervalle, exactement à égale distance de la seconde révision, à la présente.

Mais eu égard au volume toujours croissant de la Législation et aux changements opérés depuis 1867, dans la Constitution et la Législation des Provinces, formant la Confédération du Canada, celle-ci est de beaucoup la plus importante et la plus difficile.

Les premiers Commissaires A. Buchanan, H. Honey, G. W. Wicksteed, C. D. Day et C. R. Ogden, écuiers, furent nommés le 16 mars 1842, au désir d'une adresse de l'Assemblée Législative, avec mission : " de compulser et reviser les divers " Statuts et Ordonnances, passés dans cette partie de la Pro- " vince, ci-devant le Bas-Canada, et qui étaient alors en vi- " gueur, soit en totalité ou en partie, et de refondre ceux de " ces Statuts et Ordonnances qui se rattachaient au même " sujet ou qu'il pouvait être utile de refondre, et de faire à " cet égard tel rapport qu'ils croiraient le plus avantageux " pour le bien-être et le bon gouvernement de cette Province."

Comme on le voit, les attributions de ces Commissaires étaient de deux sortes : 1. compulser et reviser les lois statutaires (statuts et ordonnances) du ci-devant Bas-Canada, alors en vigueur partielle ou totale, c'est-à-dire en faire la compilation ou la collection ; 2. les refondre, c'est-à-dire les réunir en un corps de lois qui, dans la forme commune à tous les statuts recevrait la sanction de la Législature et abrogerait toute la législation antérieure.

Les Commissaires ne mirent à exécution que la première partie de leur commission, la révision. Nous verrons pourquoi ils omirent la seconde.

La marche de leurs procédés et le résultat de leurs travaux se trouvent consignés dans trois rapports qu'ils firent au gouvernement de la Province du Canada, à deux intervalles, de 1843 à 1845.

Ils compulsèrent d'abord les Statuts et Ordonnances du Bas-Canada, et après en avoir constaté les dispositions en vigueur, il les divisèrent en dix classes, subdivisées en titres, par ordre de matières propres aux sujets de chaque classe. Dans les dix classes et sous la rubrique de leurs titres particuliers, ils distribuèrent toutes les lois en force dans leur sens textuel et dans l'ordre de leur rédaction primitive, sans en rien changer, ni dans le fond ni dans la forme. Le résultat de leur travail fut une simple révision, c'est-à-dire l'épurement des lois, par l'expurgation des dispositions abrogées ou expirées, et de classification, c'est-à-dire leur distribution dans leur ordre logique et naturel.

Ce travail, livré à la publicité en 1845, est connu sous le nom de " Statuts et Ordonnances révisés " du Bas-Canada. Il embrasse les lois successivement passées dans la période de 1777 à l'Union des deux Canada, par le Conseil Législatif, la Législature du Bas-Canada et le conseil spécial. L'utilité de cette révision est incontestable, mais elle n'eut jamais force de loi, dont il fallut continuer à chercher la source dans les statuts originaux. C'était une simple compilation autorisée par le pouvoir public, mais sans autorité légale.

Vint la Législation faite sous l'union des deux Provinces du Canada, tantôt séparément pour chacune et tantôt conjointement pour les deux. En 1854, ces lois avaient atteint un chiffre alarmant et nécessitaient une nouvelle révision. Ce n'étaient pas seulement les lois particulières au Bas-Canada qu'il fallait chercher dans la collection des Statuts, mais celles du Haut-Canada et leurs dispositions communes aux deux Provinces. Il est difficile de dire à laquelle des deux époques de 1842 ou de 1861, le besoin d'une révision s'était fait plus vivement sentir !

Le 28 septembre 1854, le Procureur Général Drummond proposa devant la Chambre d'Assemblée de la Province du

Canada une adresse, autorisant la nomination de deux Commissions pour reviser, consolider ou refondre et classifier les Statuts Publics des anciennes Provinces du Haut et du Bas-Canada et ceux de la Province du Canada, ainsi que les Ordonnances. L'on voit par les termes de cette adresse qu'il n'est pas seulement question des Statuts du Canada, mais encore de ceux du Haut et du Bas-Canada déjà revisés et classifiés, comme nous l'avons vu pour le Bas-Canada et comme nous le verrons pour le Haut, et que l'on embrasse dans l'œuvre nouvelle, comme s'ils ne l'avaient jamais été.

Il existait une double raison pour cela. La révision et classification faite pour le Haut-Canada pas plus que celles du Bas-Canada n'avaient reçu de sanction légale. L'eussent-elles reçue qu'il aurait encore fallu renfermer cette révision dans la nouvelle, car une refonte faite à une époque quelconque, n'a de valeur qu'en autant qu'elle renferme en une seule Collection, toute la législation en force, qu'elle ait ou n'ait pas été déjà refondue, sans qu'il faille retourner à la législation passée.

Cette commission décrétée en 1854 ne fut organisée qu'en 1856. Pour ne parler que du Bas-Canada, cinq Commissaires furent nommés aux termes de l'adresse, pour reviser, classifier et refondre les Statuts Publics affectant le Bas-Canada seul, et ceux affectant à la fois le Haut et le Bas-Canada. De là deux Compilations distinctes, les Statuts-Refondus du Canada et les Statuts Refondus du Bas-Canada. Cette fois-ci l'œuvre ne se borna pas à une simple révision et classification; elle fut aussi une refonte.

En 1859 deux collections contenant les lois en force, expurgées des dispositions abrogées, expirées ou surannées et embrassant une période de plus de quatre-vingts ans avaient reçu leur perfection.

Dans les sessions de 1859 et de 1865, deux Statuts furent passés pour leur donner force égale, à compter du jour où elles seraient décrétées par proclamation du Gouverneur-Général. A compter de ce jour-là, toute législation faite jusqu'alors était abrogée et les Statuts Refondus du Canada et

ceux du Bas-Canada (ils étaient ainsi appelés) prenaient sa place. C'était dorénavant la loi statutaire et la seule loi statutaire du pays.

Chaque collection des Statuts-Refondus du Canada et des Statuts Refondus du Bas-Canada ne forme qu'un corps de lois ou même une seule loi divisée en titres et en chapitres. Ceux du Canada contiennent onze titres et cent onze chapitres. Ceux du Bas-Canada renferment douze titres et un même nombre de chapitres que ceux du Canada. La citation des deux Collections se fait par chapitres, avec référence à chaque collection.

Par proclamation en date du 5 Novembre 1859, le 5 Décembre suivant fut fixé comme époque de la mise en force des Statuts du Canada, et par une autre du vingt-quatre Janvier 1861, le trente-un Janvier fut choisi pour celle des Statuts Refondus du Bas-Canada.

Cette double on pourrait dire cette triple Consolidation, car les Statuts publics applicables au Haut-Canada furent aussi refondus et devinrent en force en même temps que ceux du Canada, n'arrêta pas l'action de la Législature de la Province du Canada, et de 1859 à 1867, époque de la Confédération, chaque session apporta son contingent de lois dans les volumes sans cesse grossissants de nos Statuts. Cette Législation tant sous forme d'abrogations ou d'amendements aux Statuts Refondus du Canada et du Bas-Canada, que sous forme de lois nouvelles, se fit comme depuis l'Union de 1741, pour le Haut et le Bas-Canada séparément ou pour les deux ensemble.

L'action législative de la Confédération créant le Parlement Fédéral et les Législatures Locales, vint ajouter son vaste contingent à la masse des lois déjà faites depuis la seconde refonte. Tout était à créer sous le nouveau système ! Dans l'ordre public, constitution, gouvernement, départements publics, finances, institutions, en un mot, l'organisation Fédérale et Locale de chaque Province ; et dans l'ordre privé de nombreuses lois devinrent nécessaires pour mettre en harmonie les intérêts particuliers avec l'ordre nouveau. Telle fut la mission du Parlement et de la Législature de Québec, pour ne

parler que de celle qui nous regarde, pendant les huit années qui s'écoulèrent depuis 1867 à 1875.

Aussi à cette dernière époque, la confusion était-elle de nouveau à son comble, et de rechef appelait-elle le besoin d'une nouvelle refonte. C'est ce qu'à senti la Législature de Québec qui dans la session de 1876, a passé sous le chapitre 8, le Statut sous l'autorité duquel la présente Commission a été organisée.

Cette loi autorise la nomination d'une Commission avec pouvoir " de classifier, reviser et refondre les statuts d'un caractère général et permanent de la ci-devant Province du Canada, qui affectent la Province de Québec, et sont du ressort de sa Législature, ainsi que ceux de cette Province depuis 1867. (Art. 3).

Art. 4. " En refondant ces statuts, les commissaires n'y incorporeront que les dispositions qu'ils tiendront pour être alors en force."

" Ils pourront changer la rédaction de ces statuts, sans toutefois en altérer le sens; ils en retrancheront toute expression inutile ou impropre, et rendront autant que possible, chaque disposition simple, claire et précise."

Art. 5. Les Commissaires pourront suggérer les amendements à la loi qu'ils croiront désirables, en les mentionnant distinctement et en les accompagnant des raisons sur lesquelles ils les fondent.

Art. 6. Les Commissaires publieront de la manière la plus convenable pour référence, avec les Statuts-Refondus ou dans un volume distinct, les statuts généraux qui affectent cette Province mais qui ne sont pas du ressort de sa Législature, comprenant les Statuts Impériaux et les Statuts de la ci-devant Province du Canada.

Cette troisième refonte est la première qui ait été organisée par une loi, les autres l'avaient été sur simples adresses des Chambres. L'importance plus grande de l'ouvrage justifiait cette déviation.

Ce n'était plus une simple collection et refonte qui était

confiée à la Commission, en ce qui touche aux lois de la compétence de notre Législature, mais une codification.

Ce terme demande explication.

Nous l'employons ici par extension des termes de révision, classification et de refonte, lesquels dans notre langage parlementaire et légal, signifient une compilation, ou recueil des lois déjà faites, classées dans un ordre nouveau, mais conservées dans leur sens textuel, colligées en une seule loi, comme l'ont été les Statuts Refondus du Canada et ceux du Bas-Canada, sans aucune altération de langage et sans modification du fonds des dispositions.

Nous disons Codification, dans le sens de l'idée moderne, qui rattache ce mot à toute grande œuvre de législation, contenant dans un langage nouveau la reproduction des lois anciennes, avec les modifications suggérées par l'expérience de leur fonctionnement dans le passé, nécessitées par les besoins présents, et éclairées par les prévisions de ceux à venir. C'est une collection succincte et raisonnée des lois en force, amendées, revues et corrigées, à laquelle la Législature imprime l'autorité obligatoire de la loi pour l'avenir, abrogeant celles faites dans le passé.

C'est en un mot ce qui a été fait pour les lois civiles et de procédure par la rédaction de nos Codes, et pour nos lois de municipalité par le Code Municipal.

La possibilité ou l'utilité pratique d'une semblable codification demande des circonstances particulières.

Les premiers Commissaires bien qu'ils eussent autorité pour refondre les lois, n'osèrent point le faire. Ils considérèrent que la législation n'avait pas encore reçu un caractère suffisant de perfection et de permanence, qu'elle était encore dans un état trop transitoire, pour qu'il fut possible de tenter avec avantage un essai de ce genre. Ils se contentèrent comme nous l'avons vu d'une simple Compilation textuelle.

Ceux de 1857 allèrent un pas plus loin, ils refondirent les lois sans en altérer la forme ou le fond. Leurs instructions ne les y autorisaient pas d'ailleurs, et le temps n'était pas encore venu, pour faire aux lois des modifications perma-

nentes. Tout faisait alors présager dans l'ordre politique et gouvernemental, les changements qui se sont opérés depuis.

Il n'en est pas ainsi aujourd'hui. Le régime nouveau créé par la Confédération semble constitué sur des bases stables; le Gouvernement Provincial est solidement établi, les Départements Publics sont organisés, la franchise électorale a reçu des garanties. Bien que l'organisation de la judicature et l'administration de la justice civile appellent de nombreuses et vigoureuses réformes, l'établissement d'un tribunal suprême a complété la hiérarchie judiciaire, et a mis la législature en mesure de les opérer. En un mot nos institutions politiques et sociales sont dans un état de permanence qui peut nous faire tenter avec succès le perfectionnement des lois qui les protègent, sans avoir à redouter sans cesse la perturbation d'une législation nouvelle.

Il en est ainsi dans l'ordre privé, des lois de propriété, d'instruction publique, de celles qui touchent à l'ordre religieux, au commerce, à l'agriculture et à l'industrie La législation sur tous ces sujets exige une coordination permanente.

Rien n'est nuisible à l'autorité des lois comme leurs nombreux changements. Une grande Princesse, Catherine de Russie, a dit: " La manie de législater étouffe la raison sous une pile de lois." Si jamais ce brocard fut vrai quelque part, c'est dans les pays soumis au régime parlementaire, qui laisse l'initiative des lois à chaque représentant du peuple, et surtout dans le Bas-Canada, où une foule de projets de loi, proposés pour parer à des besoins éphémères, réels ou prétendus, souvent pour servir des intérêts particuliers, couvrent chaque session, le parquet parlementaire et de là trouvent fréquemment accès aux livres des statuts!

(A continuer.)

ERRATA.

Il s'est glissé dans la présente livraison de *La Thémis*, un nombre assez considérable d'erreurs typographiques et d'incorrections, pour que la Rédaction ait cru devoir joindre un *errata*, expédié à chaque abonné avec le présent numéro.

Dans le discours de l'Honorable T. J. J. Loranger sur la symbolique du droit.

A la page 194, ligne huitième, subtituez

Verse des torrents de lumière,
A *Répand* des torrents de lumière.
Sur ses obscurs blasphémateurs !

Page 196, note 1, rectifiez ainsi la citation :

Vox in Rama audita est, ploratus et ululatus multus : Rachel plorans filios suos, et noluit consolari, quia non sunt. Math. II, 18.

Ces deux citations ont d'abord été faites de mémoire, avec intention de les vérifier avant la mise en page, mais par un malentendu commun dans les rapports d'auteur à imprimeur, le tirage était fait quand la vérification est parvenue à l'imprimerie.

Dans la continuation du Commentaire sur le titre du Mariage, de la page 289 à 336, corrigez comme suit les erreurs typographiques :

A la page 290. Sommaire du No. 282, ligne septième, lisez *discipline*, au lieu de *desciplline*.

A la page 292, à la troisième ligne, lisez mitiger et compenser *ces dépens*, au lieu de *les* dépens.

A la page 323, ligne 17, au lieu de *Tituus*, lisez *Titius*.

A la page 329, ligne 7, lisez *g*r*aves* abus au lieu de *fraves* abus.

A la page 293. Dans la phrase inintelligible qui se lit comme suit, dans les lignes 27, 28 et 29 : L'article a refusé l'action contre les père et mère, *et là*, en bornant à eux son indemnité, accordée implicitement contre les autres opposants, retranchez l'accent grave sur *là* et transposez ce mot de façon à ce que la phrase se lise comme suit : L'article a refusé l'action contre les père et mère, et en bornant à eux son indemnité *l'a* accordée implicitement contre les autres opposants.

A la page 294, ligne 6. Au lieu de la phrase : Mais cette voie de dénonciation n'est pas la seule *et* la plus usitée ; lisez *ni* la plus usitée.

Même page, ligne 30. Au lieu de : cette opposition doit lui être *signifié*, lisez *signifiée*.

A la page 299, ligne 7, *in fine* au lieu de la non nullité *de* mariage, lisez *du* mariage.

A la page 316. Remplissez le blanc qui se trouve à la ligne 29 après *No.* par le chiffre 284.

A la même page, ligne 31, dans la phrase qui contient les mots suivants : tombent sous la rubrique générale de " *Interdit* ou Défense de l'Eglise, lisez de " *l'Interdit* ", et dans la ligne 36, à clause *irritanti*, substituez *irritante*.

A la page 324. Au mot *sollicitation* qui se trouve à la fin de la ligne 4, lisez *pollicitation*.

Même page. Au mot sans signification, *centem*, lisez *enim*.

Nota.—L'abonné est prié de conserver soigneusement cet *errata* avec la présente livraison.

T. J. J. L.

LA THÉMIS

REVUE DE LÉGISLATION, DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

RÉDIGÉE PAR

L'HON. T. J. J. LORANGER. | CHS. C. DE LORIMIER, Avocat.
B. A. T. DE MONTIGNY, Avocat. | EDOUARD A. BEAUDRY, Notaire.
E. LEF. DE BELLEFEUILLE, Avocat. | JOSEPH DESROSIERS, Avocat.

VOL. I. AOUT 1879. No. 7.

DISCOURS PRONONCE PAR L'HONORABLE T. J. J. LORANGER,

DOCTEUR EN DROIT ET PROFESSEUR DE DROIT ADMINISTRATIF,

A LA SÉANCE UNIVERSITAIRE DU 30 JUIN 1879, TENUE AU CABINET DE LECTURE PAROISSIAL.

SYMBOLIQUE DU DROIT.

La science du droit n'est pas ce qu'un vain peuple en pense. Pour les gens du monde, beaux esprits, on l'accorde, mais esprits préjugés ou légers, c'est une science de faux aloi, de formules ou de cautelles ; un procès est un dédale, où comme à la porte de l'enfer du Dante, le malheureux qui s'y engage, laisse l'espoir sans recouvrer son droit ; l'art de plaider est l'art de ruser et l'art de juger devient une routine.

Pour d'autres c'est pis encore.—Esprits étroits et chagrins, qui de toutes choses n'aperçoivent que les côtés sombres, qui voient tout en noir parce qu'ils ne regardent que dans la nuit, le droit n'apparaît que comme une injustice. Enfin si les hommes judicieux se résignent à le considérer comme une science utile, ils s'empressent d'ajouter que c'est une science fatalement nécessaire.

A ces diverses appréciations de la foule, la réponse serait facile, et sans louanger le droit il serait facile de le venger Mais tel n'est pas mon dessein. Il se venge lui-même ; car au milieu de ces plaisanteries plus ou moins attiques, de ces éloges circonspects et de ces reproches injustes,

Le dieu poursuivant sa carrière,
Répand des torrents de lumière
Sur ses obscurs blasphémateurs !

Quand l'occasion l'exige, la réserve a cependant des limites en dehors desquelles, l'abstention passerait pour une complicité, et le silence serait une défection ! D'autant plus qu'il est un reproche à l'égard duquel les hommes de loi eux-mêmes, égarés par l'erreur commune, partagent le préjugé. N'envisageant le droit que sous ses aspects pratiques, et dans ses rapports prosaïques avec les actes journaliers de la vie civile, il est resté pour eux une science de raisonnement et de déductions ; et s'il s'élève parfois aux hauteurs de la philosophie c'est dans le domaine de la morale qu'il borne son autorité. Les origines du droit n'ont pour eux aucun mystère, son exposition se fait sans symboles, et ses formules ne renferment point de poésie. C'est une étude aride et froide, sans vie, sans couleur et sans mouvement. Dans ses applications ils l'isolent de la vie intellectuelle des peuples, ils le dégagent des aspirations sublimes de l'humanité et le désintéressent de ses destinées providentielles. Limité aux besoins temporels de l'homme, le droit meurt avec lui et avec lui il ne revivra pas.

C'est ainsi que parlaient les Stoïciens de Rome, qui se couronnaient de fleurs aujourd'hui pour mourir demain. Mais ce n'est pas le langage des jurisconsultes chrétiens, pour qui le droit divin s'associe au droit humain pour enseigner le monde. Quand la loi des douze tables fut publiée par les décemvirs au forum romain, les dix tables de la loi avaient été depuis douze siècles promulguées au désert. Indigné des prévarications de son peuple, qu'en descendant de la Montagne il avait trouvé dansant à l'entour du veau d'or, Moïse les avait brisées ; mais touché de ses supplications Jehovah lui en

donna de nouvelles. Gravées en lettres d'or au cœur des Chrétiens, elles sont encore incrustées au frontispice de leurs temples et sur la pierre de leurs autels.

Il n'en fut pas ainsi des Douze tables. Irritée de la violence du Decemvir Appius Claudius, qui contre leur teneur avait fait traîner devant son tribunal et adjuger à son affranchi la fille du Centurion Virginius, la plèbe romaine ne les brisa point, mais elle les mit en désuétude. Depuis longtemps effacées par le temps, l'antiquité ne nous en a conservé que des fragments inintelligibles.

Fruit de la prévoyance humaine, les commandements divins ne les avait pas empreintes du sceau de leur perpétuité ; façonnées par l'homme, elles n'avaient pas été burinées au feu des éclairs du Mont Sinaï !

Elles ne furent cependant point perdues pour l'humanité. Adoucies par les préteurs, interprétées par les grands jurisconsultes de l'école classique du droit romain, modifiées par les Constitutions des Empereurs, elles étaient bien longtemps avant l'écroulement de l'Empire d'Occident, restées en germe dans les mœurs juridiques du peuple romain qui était alors le monde ; et le jour où les aigles romaines ayant jeté un cri d'effroi s'étaient envolées loin du capitole pour n'y plus revenir ; où les augures chassés de leurs temples ébranlés, avaient dans les convulsions d'une suprême agonie, poussé leur cri fatidique, “ les Dieux s'en vont ” ; où les statues des Empereurs Trajan et Antonin avaient été précipitées de leurs colonnes et remplacées par celles des apôtres Pierre et Paul, le jour enfin ou Constantin arbora à la tête des armées le labarum glorieux, qu'orné de mots prophétiques il avait vu dans les airs en combattant Maxence sous les murs de Rome, ce jour là, les lois romaines dont la semence était enfouie dans les sillons oubliés du paganisme, réchauffées par le rayonnement des vérités évangéliques, donnèrent la moisson attendue, et peu de temps après le christianisme avait vaincu le paganisme ; il s'était rendu maître du monde.

Ce fut alors, que le droit chrétien devenu le droit canonique, vint s'unir au droit romain dont il avait emprunté la

forme et rajeuni les principes en les appliquant aux lois de l'Eglise, pour former le droit moderne, droit plein de mystère et de poésie, dont je vais, en peu de mots, vous esquisser la symbolique, pour faire suite à celle du droit romain. Le cadre étroit que je vais vous tracer renferme la peinture des coutumes juridiques des époques antiques des trois principales nations chrétiennes de l'Europe moderne, l'Italie, l'Allemagne et la France, et quelques traits de la biographie juridique de l'homme depuis sa naissance jusqu'à sa mort, en passant rapidement par l'exposition, le mariage, la propriété, l'Etat civil et la procédure. Quelque modeste que soit ce travail, s'il a l'effet de venger le droit du reproche de sécheresse et de prosaïsme qu'on lui adresse, je serai fier de ma tâche et ne regretterai pas le travail qu'elle m'a imposé.

Dans les mœurs barbares de l'antiquité, l'exposition des enfants était un fait universel dont la tradition, sinon l'histoire, nous a transmis le souvenir. Jeté nu sur la terre nue, abandonné sur les bords du Tibre, ou sur les rives du Pont Euxin, délaissé dans un berceau sur les eaux fangeuses du Nil, rebut de la nature, l'enfant naissant en était quelquefois adopté. Elle le berçait dans ses bras, la rude mère, l'endormait au bruit des vents du nord, des flots tumultueux de l'océan, le nourrissait de la moëlle des lions, du lait des louves, ou confiait son sort aux témoins de son infortune. Né des amours coupables d'une vestale, Romulus est allaité par une louve, et dix siècles auparavant, Moïse abandonné par sa mère, avait été recueilli par la fille de Pharaon.

Rapprochement saisissant.—Deux expositions, deux adoptions, dans la personne des fondateurs des deux peuples les plus fameux des temps antiques !

Mis aux pieds du père, l'enfant n'a pas droit à la vie tant qu'il n'en a pas été relevé ; tant que le père ne l'a pas pris dans ses bras, qu'il n'a pas communié avec lui sous la forme des aliments, qu'il n'a pas versé dans sa bouche une goutte de lait, approché de ses lèvres un rayon de miel ! Tel est le symbole primitif de l'initiation à la vie, de l'entrée dans la famille !

Mais grelottant sous la bise de la forêt, glacé par l'aquilon

venu des grandes mers, ou brûlé par le simoun du désert, le pauvre petit suppliant sera quelquefois dédaigné. Ce père qui repousse son enfant, qui ne veut pas le presser sur son cœur, qui lui refuse un berceau, c'est peut-être un de ces Thraces farouches qui pleuraient à la naissance des enfants et se réjouissaient à leur mort. C'est peut-être un stoïque Romain, qui plonge un glaive dans le sein de son fils, parce que pour vaincre il n'a pas attendu son ordre. Le patriotisme farouche de Rome antique en a fait un héros et l'Histoire un parricide !

Comme les Thraces, les Scandinaves ne s'attristaient pas à la naissance de l'enfant, mais mesurant sa douleur sur l'éclat de ses vagissements, " puisqu'il pleure ce nouveau-venu en " ce monde," se disaient-ils, " puisqu'il s'attriste de la lumière " et regrette la nuit d'où il est sorti, qu'il y rentre et qu'il " retourne à l'éternel sommeil."

C'est par les pleurs de l'enfant qu'on reconnait qu'il a vécu. Héraut de la douleur, son premier cri est le signal de son entrée dans la vie, dont quelquefois on lui épargnait les angoisses, en le laissant froid et nu sur le sol, seul berceau de la petite créature, dont les langes sont les humides roseaux du fleuve et le chant qui l'endort, la grande voix du vent. Berceau devenu tombeau, langes devenus suaires, voix de la nature célébrant ces mystérieuses funérailles ! Quelle n'était cependant pas la douleur des pauvres mères ? Elles-mêmes ne pourraient la dire. Demandez-la aux échos de Rama, éveillés par les gémissements de Rachel qui leur demande ses enfants et qui ne veut pas être consolée parce qu'ils ne sont plus (1). Si je voulais peindre la suprême agonie d'un cœur maternel ulcéré, je dirais, si je l'osais : Demandez-le à la mère douloureuse, qui pleurait au pied de la croix, son fils suspendu pour les péchés du monde ! (2)

(1) Vox audita est in Rama, ululans et gemens multùm. Erat Rachel plorans filios suos et noluit consolari quià non sunt.

(2) Stabat Mater dolorosa,
Juxta crucem lacrymosa,
Dùm pendebat filius
....
Pro peccatis suæ gentis...

L'idée de l'exposition des enfants, du fils déposé aux pieds du père et qui n'a la vie que quand il en a été relevé, qui n'entre dans la famille que quand le père communie avec lui par les aliments, est une idée commune à toutes les nations primitives et surtout aux peuples du nord. On en retrouve partout les traditions et les symboles.

L'église à son tour s'en est emparé, mais pour la spiritualiser, en la transformant au point de vue mystique de ses croyances.

Je ne parle pas ici de la vie matérielle des malheureux enfants abandonnés par leurs parents, exposés à la charité publique, que dès ses premiers âges, l'Eglise, dont le divin fondateur avait dit : " Laissez venir à moi les petits enfants," que l'Eglise, dis-je, a toujours sauvée ; de ces parias de naissance, déposés aux portes de ses temples, qu'elle a recueillis dans son sein, réchauffés sur son cœur, auxquels St. Vincent de Paule a ouvert des hospices et dont par l'adoption spirituelle elle est devenue la mère, par les aliments la nourrice, et l'institutrice par l'éducation. Je parle à un point de vue plus immatériel et plus élevé !

De même que le poëte romain, voit " dans l'enfant que les " efforts de la nature viennent d'arracher au sein de sa mère, " qui remplit de ses vagissements lugubres le logis paternel, " qui gît nu sur le sol," un pauvre naufragé que l'onde amère vient de jeter à la côte (1), que le prud'homme Allemand a recueilli cet enfant qu'il a trouvé grelottant sous le vent du nord et qu'il l'a enveloppé de l'épaisse fourrure des bêtes de ses forêts, le prêtre chrétien a pitié de sa jeune âme abandonnée sans défense sur la mer orageuse de la vie et dans l'étroite cuve du baptême il lui donne un asile. Ainsi que le père l'a

(1) Tunc porro puer, ut sævis projectus ab undis
Navita, nudus humi jacet, infans, indigus omni
Vitai auxilio, cum primùm in luminis oras
Nixibus ex alvo matris Natura profudit ;
Vagitu que locum lugubris complet, ut æqum est,
Cui tantùm in vita, restet transire malorum.
Lucr. De Nat. rerum, lib. V...

relevé froid et nu de la terre, l'Eglise elle, le relève de la tache originelle qui maculait son front en y faisant couler l'onde mystérieuse et régénératrice !

Dans les mœurs des payens du nord, quand l'enfant a goûté aux aliments sous la forme du lait et du miel, il ne peut plus être exposé. Il a fait son entrée dans la vie, il a communié avec la famille humaine. C'est son initiation dans la société civile. C'est un baptême, mais un baptême matériel. Chez les chrétiens c'est par le baptême spirituel qu'il entre dans la société des fidèles.

Dans le baptême chrétien, ce n'est plus par les aliments, le lait ni le miel, mais par le souffle divin, le signe de la croix, l'imposition des mains, les onctions de l'huile sainte, le sel et l'eau qu'il est initié, non plus à la vie du corps, mais à la vie de l'âme, ce n'est pas par le symbole mais par le sacrement, qu'il fait son entrée dans la famille chrétienne.

Dans le baptême chrétien l'idée de purification domine. Cette eau qui purifie tout, elle a été bénite, ce sel de la sagesse même, le prêtre l'exorcise, *exorciso te creatura salis*, etc. Il enveloppe la tête de l'enfant d'un voile blanc, met dans ses mains un cierge ardent, emblêmes de la foi brûlante qui doit l'animer et de l'innocence de la vie qu'il doit mener. Le baptême c'est donc encore une initiation à la vie morale.

Le baptême non-seulement fait entrer l'enfant dans la famille chrétienne, mais il a encore l'effet d'agrandir le cercle de la famille particulière du baptisé, en créant une parenté spirituelle non seulement entre ses parrain et marraine et lui-même, mais encore entre ces derniers et ses propres parents ; accident moral auquel on ne réfléchit guère, mais qui a pourtant une grande influence sur les relations domestiques.

Nous avons vu les Eglises devenues les asiles des enfants nouveaux-nés et les fonts baptismaux leurs lieux de refuge. Je trouve extraite d'un missel gothico-gallois, la belle formule suivante d'une bénédiction de ces fonts : " Debout, chers " frères, au bord de la crystalline fontaine, amenez les hommes " nouveaux qui, de la terre au rivage, viennent faire échange " et commerce. Qu'ils naviguent ici, chacun battant la mer

" nouvelle, non de la rame, mais de la croix ; non de la main
" mais du sens ; non du bâton mais du sacrement (1). Le lieu
" est petit, il est vrai, mais il est plein de grâce. Le Saint-
" Esprit a été dirigé par un bon pilote. Prions donc, etc."

L'auteur des Origines du Droit Français qui traduit cette formule, ajoute : " Cette formule demi-barbare semble con-" server dans le christianisme le génie et l'inspiration aventu-" reuse des invasions maritimes."

D'après les traditions antiques que nous ont laissées les peuples du nord, nous avons signalé l'idée symbolique du père qui lève son enfant de la terre où il est déposé, le prend dans ses bras, l'admet dans sa famille, qui sans cette étreinte paternelle lui aurait fermé son sein. Le christianisme n'est pas resté étranger à ce symbole, dont on trouve des vestiges dans son langage liturgique. Le parrain (*patrinus*) qui représente le père, et la marraine (*matrina*) y sont aussi désignés sous le nom de *levans*, *levantes*, celui qui lève ; le baptisé est lui-même appelé *levatus*, *le levé*. Le parrain et la marraine s'appellent encore *susceptor*, *susceptores*, celui qui reçoit, qui prend dans ses bras, et le filleul *susceptus*, celui qui est *reçu*, *pris* des bras d'un autre. Ces appellations viennent de la coutume suivie dans la cérémonie du baptême, après lequel les parrains et marraines lèvent des fonts baptismaux l'enfant qu'ils *reçoivent*, qu'ils *prennent* des mains du prêtre. *Mox Patrinus, vel Matrina, vel uterque simul infantem de sacro Fonte levant, suscipientes illum de manu sacerdotes*, dit le Rituel Romain. Cette nécessité de la part des parrains et marraines de mettre au moins la main sur l'enfant, est si étroite, que d'après la disposition du droit canonique, s'ils ne le touchaient physiquement, le baptême ne produirait pas de parenté spirituelle.

Indice frappant de l'existence de la coutume antique et de sa perpétuation ! Autre preuve entre mille, que pas plus que la loi, le christianisme n'a aboli les traditions anciennes,

(1) Non virgâ sed cruce, non tactu sed sensû, non baculo sed sacramento.

qu'il est venu pour les perfectionner, mais en les spiritualisant !

L'initiation à la vie c'est le baptême ; la perpétuation de la famille, c'est le mariage ; communion de l'enfant avec la famille, communion des époux entre eux. Pas plus que l'enfant n'est fait pour vivre isolé de l'espèce humaine, l'homme n'est fait pour vivre seul. Pour ne pas parler de la naissance qui la commence ou de la mort qui la termine, le mariage est l'acte le plus important de la vie de l'homme. Aussi, est-ce à son occasion que les symboles se multiplient.

" Dans les temps primitifs de la légalité, pour les Romains, " peuple rude et sans poésie, l'idée abstraite du droit comme " fait moral, dépouillé de sa puissance maternelle était inconnue. Nation conquérante, ils n'appréciaient l'autorité du " droit que comme fruit de la conquête, le résultat de la force " brutale, et pour eux l'idée de contrainte légale était inséparable de celle de la domination et de sa manifestation physique. C'est ainsi que pour eux un droit n'avait de " valeur que par l'assujettissement du débiteur au créancier, et était privé du lien obligatoire s'il n'engageait sa " personne à la prestation. La lance, instrument du combat, " était à la fois le symbole et le signe matériel du droit de " propriété et de l'autorité judiciaire. On faisait sous la lance, " *sub hastâ*, la vente publique qui s'appelait *subhastatio*, et une " lance était perpétuellement dressée devant le tribunal des " Centumvirs, en signe de leur puissance judiciaire. La vente " ou prise de possession d'un objet mobilier de même que la " capture de l'ennemi dans le combat s'appelait *mancipatio*. " En un mot, le droit c'était la force." (1)

C'est sous l'empire de ces principes à rude écorce, que se faisait le mariage à Rome, où le mari achetait sa femme. Le mariage s'appelait alors *coemptio*; comme s'appelait l'achat de l'esclave, du bœuf ou de tout autre objet vénal ; il se nommait *usucapio*, quand le mari l'acquérait par la possession d'une année, sans que la femme eut découché trois fois du

(1) Commentaire sur le Code Civil du Bas-Canada, tome I, Introduction, page 45.

toit conjugal ; et enfin du nom patricien de *confarreatio*, quand le mariage se contractait sous le voile nuptial dont on couvrait la tête des époux, par le gâteau fait de fleur de froment, de sel et d'eau (encore la communion par les aliments) et que la fiancée apportait au mari et qu'elle mangeait avec lui.

Telles étaient les trois formes de mariage, parmi lesquelles celle de l'achat de la femme, forme d'ailleurs commune aux temps héroïques, était la plus fréquente.

Cependant le temps ayant adouci les mœurs, ayant créé des usages plus en harmonie avec la nature du mariage et les sentiments que la nature imprime au cœur de ceux qui le contractent, des formes plus gracieuses qui s'imposent d'elles mêmes aux peuples les moins délicats, s'étaient ajoutées à sa rudesse primitive. Mais elles n'étaient pas nécessaires à sa validité. " Les " formes gracieuses et symboliques dont les anciens avaient " entouré le mariage et dont la pompe augmentait avec la " fortune des époux, n'étaient nullement exigées par les lois. " Ainsi le *flammeum* qui voilait la fiancée, la quenouille, le " fuseau, le fil qu'elle portait, sa marche vers la maison nup- " tiale, les tentures flottantes et les feuillages verts qui déco- " raient cette maison, les clefs qu'on lui remettait, les paroles " consacrées, la réception par l'eau et le feu, et toutes ces allu- " sions mythologiques dont nous trouvons les détails chez les " poëtes, quelquefois aussi chez les jurisconsultes, n'étaient " pas plus nécessaires à la validité du mariage que ne le sont, " de nos jours, le voile blanc qui cache les traits de la ma- " riée, la couronne de fleurs d'oranger qui pare ses cheveux, " la fête et le bal qui suivent son hyménée." (1)

Par le mariage, à Rome, de quelque manière qu'il se contractât, la femme tombait sous la puissance de son mari, et à plusieurs égards devenait sa propriété.

Il appartenait au christianisme, en élevant le mariage à la dignité de sacrement, de racheter la femme de cette dure servitude, d'en faire la compagne de son mari et non pas son

(1) Ortolan. Explication des Institutes, tome 2, page 81.

esclave, de l'associer à ses destinées (1), et de régénérer au fonds comme à la forme cette indissoluble union, la plus noble et la plus sublime de l'humanité.

La loi civile a toujours favorisé le mariage ; et le christianisme pourtant si favorable au célibat, l'a également honoré et a prononcé sur lui des paroles d'une incomparable grandeur. " Seule bénédiction qui n'ait été effacée par la peine du " péché originel ni emportée par le déluge." Ils seront deux en une même chair. *Erunt duo in carne unâ*, avait dit son divin instituteur. Ce sacrement est grand a prononcé après lui l'Apôtre, s'adressant aux Ephésiens. *Sacramentum hoc magnum est.* " Il faut, dit le prêtre aux époux, que vous écoutiez le Saint-

(1) César Cantu. Histoire Universelle, sixième époque, tome 5, page 133. En même temps que l'espèce humaine se trouvait rendue à sa nature, la femme était sortie de l'outrageante nullité antique ; et elle était devenue l'égale de l'homme par son origine commune, quoiqu'elle lui restât soumise à cause de la différence de ses occupations et de sa destination. Marie, l'élue du Seigneur, sanctifiait son sexe ; des femmes pieuses s'étaient montrées au pied de la croix ; le Christ s'était entretenu avec elles, et leur avait pardonné leurs fautes. Des femmes suivaient les apôtres pour les servir, comme avaient fait pour J. C. Madeleine et les deux Maries. Il est souvent mention d'elles dans leurs épîtres, et elles y reçoivent le salut de paix. Elles sont admises dans les assemblées, où elles prennent part à l'instruction, au sacrifice, au ministère. Bientôt après furent instituées les diaconesses, qui devaient être veuves, âgées au moins de soixante ans, avoir allaité leurs enfants, exercé l'hospitalité, lavé les pieds des voyageurs, consolé les affligés, s'être toujours montrées chastes, sobres, fidèles. D'autres femmes s'empressaient de visiter les prisonniers, de porter en secret des messages ou le viatique, de distribuer aux malades les dons de cette pitié qui n'appartient qu'à leur sexe. On les voyait secourir des martyrs, baiser leurs blessures, leur présenter une goutte d'eau durant leurs souffrances, recueillir leur sang et leurs os, lorsqu'ils avaient rendu le dernier soupir. Puis elles se présentaient intrépides devant les tribunaux, défiant l'orgueil des juges et la cruauté ingénieuse des tyrans, confiant leur pure innocence à ce Dieu qui multipliait les miracles en leur faveur. Elles démentaient dans le martyre cette faiblesse dont notre insultante flatterie fait le doux attribut de leur sexe ; et, se mettant au niveau des hommes au milieu des supplices, elles méritaient de jouir des mêmes droits, préparant ainsi à la femme, au prix de leur propre sang, l'égalité qui lui était réservée dans des siècles de lumière.

" Esprit, qui vous dira, que comme l'union de Jésus-Christ " avec l'Eglise est une source de sainteté pour tous les fidèles, " de même votre mariage, comme le signe et le sacrement de " cette union ineffable, doit être pour vous un principe de " sainteté qui se répande sur toute votre famille, et qu'il fasse " que ceux qui naîtront de vous soient plutôt les enfants de " Dieu que les vôtres ; formés et élevés pour l'héritage du " ciel plutôt que pour celui de la terre." (1)

La loi a prévu la dissolution du mariage. Pour la religion, c'est un blasphème. L'amour, dit quelque part la Bible, est fort comme la mort. *Sic vivendum sic pereundum*, a dit le grand historien romain, Tacite.

Suivant le génie oriental de l'Inde, la mort de l'époux ne dissout pas le mariage. Il va aux sombres régions attendre celle de son épouse, qui est le sceau de leur union. L'Inde mêle ici la mort et la volupté. A l'épouse qui s'immole sur le bûcher de son mari, elle promet quatorze vies d'Indra, quatorze de ces longues vies comme vivent les dieux.

Le langage de l'Inde est plein de gracieuses images à l'adresse de la femme. " Ne frappez pas une femme même avec une fleur, eût-elle commis cent fautes."

" Une mère est plus que mille pères, car elle porte et nourrit l'enfant dans son sein ; voilà pourquoi la mère est très-vénérable... Si la terre est adorée, une mère n'est-elle pas encore plus digne de vénération."

Nous avons vu le mariage par achat, *coemptio*, le mariage dit mariage héroïque, par opposition au mariage par la *confarreatio*, dit mariage sacerdotal, en usage chez les peuples de l'Occident. Cet achat et cette vente constituaient une impiété dans l'Inde.

" Un père qui connait la loi ne doit pas recevoir le moindre " présent en mariant sa fille. Recevoir un tel présent par cupi- " dité, c'est avoir vendu son enfant. Quelques habiles disent " que le présent d'une vache et d'un taureau, n'est qu'une gra- " tification. Non, tout présent reçu par le père constitue une

(1) Rituel du Diocèse de Québec, publié en 1703, par Mgr. La Croix de St. Vallier, page 351

" vente. Même dans les mondes antérieurs à celui-ci, nous " n'avons pas crû qu'il y ait eu jamais telle vente d'une fille."

Après le baptême et le mariage viennent l'adoption et la légitimation. Le baptême contient l'adoption de l'enfant par la société, le mariage sa légitimation devant Dieu.

D'après les lois de l'Inde, celui qui n'a pas d'enfants mâles, peut charger sa fille de lui élever un fils, en faisant une oblation au feu. Le fils *donné*, c'est le fils qu'un père et une mère donnent, en faisant une libation d'eau, à celui qui n'a pas de fils, l'enfant étant de la même classe et témoignant de la même affection.

Dans les vieilles coutumes des anglo-normands, l'adoption et la légitimation se font sous le manteau.

On appelait en France les enfants légitimés, enfants mis sous le manteau. Beaumanoir : " Se il y avait plusieux en- " fants néz avant que il l'espousast, et la mère et lé enfants à " l'espouser étaient mis *Desous le Paile* en sainte église, si de- " venaient ils loyaux hoirs."

Un poëte du treizième siècle, dit : " Par-dessous le mantiel " de la mère, furent faits loyal cil trois frères."

Le soulier était quelquefois substitué au manteau. Dans le vieux droit du nord, adopter se dit aussi : mettre sur les genoux. La femme entrait dans le soulier lorsqu'elle entrait en puissance. (1)

Mettre le pied, refuser de mettre le pied dans le soulier de son frère, avait chez les Hébreux une autre signification, ainsi qu'on le voit par les imprécations que d'après la loi du Deutéronome, la veuve prononçait contre le frère de son mari qui refusait de l'épouser et de susciter des enfants à son frère en Israël. Ce qui nous conduit à parler d'un trait particulier au mariage de ce peuple.

Deutéronome, chap. 25, v. 5. " Lorsque deux frères demeu- " rent ensemble et que l'un d'eux sera mort sans enfants, la " femme du mort n'en épousera point d'autre que le frère de " son mari, qui la prendra pour femme, et suscitera des en- " fants à son frère ; "

(1) Origines du Droit Français, page 368.

6. " et il donnera le nom de son frère à l'aîné des fils qu'il " aura d'elle, afin que le nom de son frère ne se perde point " dans Israël."

7. " S'il ne veut pas épouser la femme de son frère, qui lui " est due selon la loi, cette femme ira à la porte de la ville, et " elle s'adressera aux anciens et leur dira : le frère de mon " mari ne veut pas susciter dans Israël le nom de son frère ni " me prendre pour sa femme ; "

8. " et aussitôt ils le feront appeler, et ils l'interrogeront. " S'il répond ; Je ne veux point épouser cette femme-là ; "

9. " la femme s'approchera de lui devant les anciens, lui " ôtera son soulier du pied et lui crachera au visage, en di- " sant : C'est ainsi que sera traité celui qui ne veut pas établir " la maison de son frère ; "

10. " Et sa maison sera appelée dans Israël, la maison du " déchaussé ; " (1)

On lit dans Paul Diacre : " Le patrice Romain, Grégoire, fit " périr par une ruse perfide, Jason et Cacon, les deux fils du " duc de Frioul. Il promit à Jason de l'adopter en lui coupant " la barbe selon la coutume. Jason vint avec son frère ne crai- " gnant rien de mal ; Grégoire pour accomplir son serment, se " fit apporter la tête de Jason et lui coupa la barbe en effet."

Alaric devint père de Clovis en lui coupant la barbe.

Grégoire de Tours raconte ainsi l'adoption de Childebert par le roi Gontran, son ayeul : " Après cela le roi Gontran " envoya vers Childebert, son petit-fils...... avec prière de le " venir trouver. Celui-ci vint en effet, avec ses principaux " chefs ; après qu'ils se furent embrassés, le roi Gontran parla " ainsi : Voici que je suis resté sans enfants ; je demande donc " que ce mien petit-fils devienne mon fils. Le plaçant alors " sur son siége royal, il lui fit tradition de tout son royaume. " Que même bouclier nous couvre, dit-il, que même lance " nous défende. Le roi passa la lance qu'il tenait à son neveu, " lui disant : A ce signe, bien aimé neveu, sache que tu me " succéderas au trône."

(1) V. 9, c'est-à-dire comme pour le punir de ce qu'il ne veut pas mettre le pied de son frère.

Il était, outre la parenté naturelle et la parenté spirituelle, de même qu'en sus de la parenté civile par adoption, une autre parenté, un autre mariage transfiguré par le christianisme, dans l'union toute spirituelle des prêtres et des vierges. Partout, à côté des couvents d'hommes, il y en avait de femmes. A Fontevrault, une femme gouvernait les uns et les autres. Les religieuses voyaient les religieux, mais une fois. Elles les voyaient morts lorsqu'on les enterrait à visage découvert. On les portait alors au chœur des dames, qui leur chantaient les prières des morts et recommandaient leurs âmes.

Lorsque l'Archevêque de Rouen allait, pieds nus, prendre possession de la cathédrale, il passait devant l'Abbaye de Saint-Amand ; l'abbesse qui l'attendait sur la porte, lui mettait au doigt un anneau en disant aux moines de Saint-Ouen, qui l'amenaient, " je vous le donne vivant vous me le rendrez mort." (1)

Voilà les époux liés pour toujours ! Voilà la famille formée par le mariage et l'adoption. Il faut élever ces enfants nés de l'amour conjugal ou de la compassion des époux dont l'hymen n'a pas été fécond ou qui avec leurs enfants ont appelé au foyer domestique, l'orphelin délaissé ou le fils de l'étranger. Ce n'est pas à la vie mobile du pasteur, ni aux aventures incertaines de la chasse, que l'époux s'adressera pour satisfaire aux besoins des siens, c'est à l'agriculture. Le choix de la bonne terre, l'occupation du sol, voilà son premier souci, sa préoccupation principale !

Nous nous trouvons donc ici en face de la propriété et de ses modes symboliques d'acquisition.

Une Coutume Allemande se pose cette question. Quelle est la mesure du plus petit bien ? et elle répond : celle du berceau d'un enfant et du petit escabeau de la jeune fille qui le berce !

Ainsi, tandis que la loi romaine voit dans l'enfant la chose du père, que pour elle la famille n'est qu'une forme de la propriété, dans les vieilles idées de la Germanie, la famille est la cause génératrice de la propriété même. L'homme n'est plus possédé par la chose mais il la possède. Dans ce touchant

(1) Origines du Droit Français, page 397.

symbole, la société a ici pour base ce qu'il y a à la fois de plus fragile et de plus solide, un berceau. Un enfant qui pleure et une jeune fille qui chante !

De cette enfantine poésie à la sublimité chrétienne, le passage serait facile. Quel est cet enfant qui pleure et cette jeune mère qui le berce ? D'où vient donc ce berceau dont le mouvement cadencé s'harmonise avec le chant de la berceuse ?

N'est-ce pas à un berceau que la société chrétienne fait remonter son origine ? Le christianisme n'a-t-il pas régénéré la propriété elle-même, en brisant les chaînes que lui avait imposées la force. N'a-t-il pas aimé la pauvreté et protégé *le petit bien* du pauvre ? N'a-t-il pas arraché à la propriété barbare du maître, l'esclave qu'il a racheté, soustrait à la puissance absolue du mari, la femme qu'il a affranchie ? M'élevant de cette simplicité légendaire de la vieille tradition allemande, aux aperçus sublimes de la poésie religieuse, je changerais si je l'osais, en un trône, cet escabeau que le vieux coutumier voit exposé au vent du nord ; ce berceau délaissé qu'il place au milieu de la forêt sombre, j'en ferais un autel. Autel où fut un jour immolé l'enfant, trône où siége aujourd'hui la mère. Vierge appelée à la maternité, mais à une maternité sans amour, vous dont les Sagas naïfs de la Scandinavie font une sœur ! Je vous reconnais ! Vous êtes la mère d'un Dieu ! Et toi petit berceau, gracieuse image, divin symbole, longtemps abrité par le toit obscur d'un pauvre charpentier, qui te façonna des noirs sapins qui croissent aux flancs dénudés des montagnes de la Galilée, tu viens de Nazareth !

L'homme qui cherche à occuper la terre, la bonne terre qu'il veut cultiver, qu'il va arroser de ses sueurs, où il va établir ses dieux pénates et planter sa tente, où il trouvera des puits pour abreuver ses troupeaux, et des sources vives pour étancher la soif de ses longs jours d'été, le champ où sera son tombeau et celui de ses descendants, cet homme ne sera pas toujours conduit par l'observation du ciel, les accidents géographiques, ou les variations du climat, vers le sol le plus fécond, les plus gras pâturages ou la vallée la plus plantureuse. Il s'en remettra à son instinct, il s'en rapportera aux

dieux, aux chants des oiseaux et à la course des bêtes farouches qu'il suivra à la piste. Il s'arrêtera où elles se sont arrêtées, il creusera son premier sillon au lieu indiqué par l'oracle, il élèvera son toit à l'endroit où il aura entendu un chant prophétique.

C'est ainsi qu'on raconte que le bœuf, le loup et le pivert conduisirent les vieilles colonies italiques. La blanche laie trouvée sous un chêne avec ses trente petits, finit les longues courses d'Enée (1), et la louve allaita Romulus à l'endroit où fut Rome.

Dans les idées mythologiques des anciens temps, la place de l'homme, la vraie mesure de la propriété primitive, c'est ce qu'il peut couvrir de son corps, ou de la peau d'un bœuf. Mais cette peau il la dépèce en lanières, et il en fait l'enceinte d'une ville !

La *chevauchée* est aussi une mesure d'occupation. Les peuples septentrionaux donnent à un homme la terre dont il peut faire le tour en un jour, ou qu'il peut entourer d'un sillon. Clovis concède à un Evêque tout ce qu'il pourra *chevaucher* sur un âne, pendant que le roi fait son somme. Le saint homme fit tant et si bien, qu'on se crut obligé d'éveiller le roi. " Eveillez-vous seigneur ", lui dit un courtisan, " il va chevaucher tout votre royaume."

Le roi avait tort, " Pendant que le seigneur dort, le vassal veille." Cette règle propre à la prescription en matière féodale, s'applique à tous les propriétaires et à tous les occupants. Il n'importe que le propriétaire soit un roi ou un seigneur et le possesseur un vilain. La loi qui courbe les plus hautes têtes pour élever les plus basses à leur niveau, ne fait pas d'acception de personnes, pour asseoir la propriété sur la prescription née de l'occupation.

L'occupation ou la possession engendre la prescription et la prescription engendre la propriété. La possession c'est donc, en droit naturel, le titre primordial à la propriété, comme

(1) Triginta Capitum fœtus enixa jacebit,
Alba, solo recubans, albi circum ubera nati.
Enéide, Liv. III, v. 392 et 393.

la terre en est le symbole. Les jurisconsultes parlent bien d'un acte translatif de la terre, un titre écrit, mais l'on conçoit facilement que ce second titre n'est qu'un titre secondaire, superposé par le temps au titre primitif opéré sans écriture, ayant son inception dans le fait de l'homme qui s'empare du sol et consommé par sa volonté (*affectu*) de le garder, d'en devenir le maître. Le titre écrit est bien venu s'ajouter à ce titre muet ; non cependant pour confirmer la propriété parfaite sans lui, mais pour la transmettre aux autres. Par sa possession le premier occupant de la terre en devient le propriétaire, et par l'écriture il le transmet aux autres. Posséder sans écrit et transmettre par l'écriture, voilà en théorie et en pratique, réduite à sa plus simple expression, l'idée de la propriété. Encore faut-il, aux termes du droit pur, que ce second titre écrit qui a été la création du droit civil, soit accompagné de la tradition matérielle de la chose, par la mise en possession de l'acquéreur. Telle est la notion du droit romain qui a duré aussi longtemps que ce droit lui-même. *Traditionibus non nudis pactis* (pacte, contrat, titre écrit) *dominia rerum transferuntur.*

Cette idée de l'occupation comme fait générateur du droit de propriété, était tellement familière à l'ancien droit romain, qu'il avait érigé en maxime la prescription par la possession annale, de toute chose mobilière et immobilière. Le droit nouveau avait sans doute étendu cette possession nécessaire pour engendrer l'*usucapio*, à dix, vingt et trente ans, mais l'avait conservée pour les choses mobilières, et pour certains autres objets. Nous avons vu l'habitation de la femme sous le toit du mari, pendant un an, engendrer le mariage par *usucapio*, ce qui, dans la rudesse primitive du droit, était l'application du principe à la possession annale de la femme par le mari.

Naturellement quand je parle de la transmission du sol de l'un à l'autre propriétaire, je ne parle pas du sol lui-même ou de l'immeuble transmis, puisque la terre elle-même n'appartient à personne en particulier, et qu'elle est en son entier, l'apanage commun de l'humanité, de tous les enfants des hommes,

terram autem dedit filiis hominum ; mais de la transmission du droit de jouir de certaine partie du sol, privativement et à l'exclusion de tous les autres et même d'en abuser (*jus utendi et abutendi*), ce qui forme le domaine éminent de la propriété, née de l'occupation, répétons-le une fois encore.

Le droit civil et le droit canonique sont d'accord sur les effets de l'occupation. Le droit canonique lui a même dans l'origine, accordé une faveur inconnue jusque-là au droit civil, en faisant produire à la possession annale une présomption de propriété, et en introduisant dans sa jurisprudence la maxime fameuse que celui qui a été dépouillé doit avant tout procès sur le droit de propriété, être réintégré dans sa possession. *Spoliatus ante omnia restituendus.*

Terre, occupation, tradition, voilà trois mots qui résument tout le droit de propriété et que l'on peut rendre par un seul, la *terre !* Dans l'histoire du droit de propriété, la terre apparait donc sous un double aperçu ; elle est à la fois l'objet du droit lui-même et celui des formules symboliques qui l'exprimaient. La terre c'est le symbole matériel de l'homme tout entier. Il fut fait du limon de la terre, il vit des fruits de la terre et la terre est sa sépulture.

Au moyen-âge il n'est point de terre qui ne soit assujettie à la puissance féodale, et ne reconnaisse la souveraineté d'un seigneur suzerain. *Nul seigneur sans terre*, *et nulle terre sans seigneur* ! Cette maxime est le pivot sur lequel roule toute la société féodale. C'est sur les distinctions et les qualités de la terre qu'est fondée la distinction des castes. Tout homme qui possède une terre noble est noble lui-même et le possesseur d'une terre roturière ne peut être qu'un vilain. L'homme est tellement épris de l'orgueil de sa terre, qu'il ajoute à son nom patronymique le nom de sa terre, et qu'il en porte la couleur sur son écu. L'injure la plus grave que l'on puisse faire à un homme, du moyen-âge, est de l'appeler *un homme sans terre.* C'est de ce titre ironique que l'histoire a flétri un roi d'Angleterre.

Nul ne peut acquérir une terre sans en faire hommage à son suzerain. A cause de cette terre il lui jure fidélité. En signe

de cette foi et comme manifestation de cet hommage, il lui doit la *bouche* et les *mains*. La bouche qui jure et scelle son serment par un baiser. La main qui porte le glaive que non-seulement le vassal ne peut pas tirer contre son seigneur, mais qu'il doit consacrer à son service. C'est *un genou* en terre *sans épée et sans éperons*, que le vassal rend l'hommage et qu'il porte la foi. Signes humiliants peut-être, mais non encore dégradants, de l'infériorité du vassal envers son seigneur dominant.

Nous sommes encore au premier degré de l'échelle féodale; les droits du fief dominant, c'est-à-dire du seigneur qui le possède, sont honorifiques, et les redevances de l'arrière fief non-seulement s'accomplissent sans bassesse, mais la vanité guerrière du temps peut même y trouver son compte, puisque ce sont des redevances militaires.

C'est au dernier degré de l'échelle qu'il faut descendre, pour trouver dans toute leur oppression, la nature des droits du vassal à son tour devenu seigneur, exercés sur le manant, et l'humiliation des formules qui les expriment. " Le seigneur " enferme les manants sous porte et gonds, du ciel à la terre " il possède tout... Il est seigneur dans tout le ressort, sur tête " et cou, vent ou prairie, tout est à lui, forêt chenue, oiseau " dans l'air, poisson dans l'eau, bête au buisson, cloche qui " coule, onde qui roule......"

Dure tyrannie sans doute, mais il y avait de plus dégradantes exigences. Une fille de dix-huit ans doit apporter au seigneur la corne de vin que lui doit son père.

Il était des droits plus humiliants qu'onéreux, il en était même d'illusoires, et ce sont cependant ceux-là qui ont laissé le plus de rancune dans le peuple et ont le plus soulevé les haines de l'histoire. Telle est la fameuse obligation de battre l'eau pour faire taire les grenouilles, et de faire la moue au château dont étaient chargés les gens de Roubaix. Un vassal Italien devait à son seigneur la fumée d'un chapon bouilli.

Figurons-nous la prestation de cette redevance. Le tenancier fait bouillir le chapon, dont il donne le fumet au

seigneur, et emporte chez lui la volaille, s'il ne la consomme sur place !

Ce qui nous conduit à dire que beaucoup de ces redevances étaient illusoires et n'étaient pas exécutées. Ce n'est pas que je croie avec Louis Veuillot, qu'elles n'ont jamais eu d'existence légale, et qu'elles aient été imaginées par les ennemis de la féodalité pour en grossir les injustices. On ne peut jusqu'à ce point supposer l'imposture des auteurs, et pour l'admettre, il faudrait aussi admettre la complicité de l'histoire. D'ailleurs, l'oppression du système était si grande qu'il aurait devancé les exagérations de ses détracteurs. Mais écrites dans le contrat d'accensement, tout en existant comme *droit*, ces redevances dérisoires n'ont jamais eu d'exécution *en fait*. Imaginez par exemple, cent paysans battant la nuit, l'eau des étangs en criant, du haut de leur gosier !

Ra, ra, ra, pa, pa, pa
Dieu gare Monseigneur que voilà... (1)

et cela pour étouffer les coassements des grenouilles qui empêchent *Monseigneur* de dormir ! J'ai dit cent paysans, je pourrais dire mille, même en comptant dix grenouilles par paysan... Fût-il jamais dormeur assez stupide pour ne pas laisser coasser les grenouilles et faire taire les paysans ?...

Si l'on demande pourquoi ces redevances que l'on n'avait pas l'intention d'exiger étaient insérées au contrat, je répondrai en montrant une des nombreuses concessions faites par la Couronne sous l'ancien régime en ce pays, et je demanderai à mon tour, si jamais personne s'est mis en tête qu'elle ait eu l'intention de réclamer l'exécution des innombrables servitudes dont ces concessions sont chargées. Pourtant le système féodal n' a jamais existé qu'en miniature dans le Bas-Canada.

Si gigantesque est la vanité de l'homme, qu'il se complaît dans toute stipulation honorifique, même dans la plus impossible, et sa cupidité est si vorace, qu'il vendrait le vent s'il

(1) C'est la forme obligée de paroles que les chroniqueurs attribuent aux tenanciers pour accomplir légalement cette redevance.

pouvait l'enfermer. Témoins les seigneurs du moyen-âge qui inféodaient jusqu'à l'air. Les fiefs en l'air n'étaient pas une figure !

On a vu des créanciers chercher à faire saisir le cadavre de leur débiteur. La loi romaine donnant aux prêteurs, le droit de partager en autant de morceaux que de créances, et au *prorata* de chacune d'elles, le corps de leur débiteur insolvable, n'est pas un mensonge de l'histoire ! Shakespeare n'a pas inventé Schylock !

La tenure féodale n'asservissait cependant pas tous les héritages, et par rare exception, il y avait *des francs fiefs*, comme il existait des hommes *francs de fiefs*, et qui n'étaient soumis à aucune redevance. Il était également des fiefs appelés *fiefs au Soleil*, parce qu'ils ne relevaient d'aucun seigneur. Vestige de la liberté antique, au nom de laquelle elle protestait, cette condition anormale, en ces siècles de dépendance universelle, causait des surprises, quand elle ne soulevait pas la colère. Un jour que Frédéric Barberousse chevauchait avec son cortége, il vit sur la route un homme assis, qui sans se lever ni se découvrir, mettait seulement la main à son chapeau. L'empereur surpris, et demandant avec colère quel était cet homme, qui ne tenait compte de la majesté impériale, il lui fut répondu que c'était un baron indépendant qui ne relevait de personne, ni des princes, ni de l'empereur...

Quelque général que fut d'ailleurs le système, il n'embrassait pas tout le régime immobilier, et n'épuisait pas tous les symboles qui se rattachaient à la propriété, la tradition par exemple ! Il les transformait sans doute, mais il ne les absorbait pas.

La tradition de la terre se fait souvent par la terre même, souvent par l'eau et la terre. Xercès envoie demander aux Athéniens qu'ils lui livrent la terre et l'eau. La terre servait aussi comme symbole à la *vindicatio* romaine. Ils allaient au champ même, qui faisait l'objet du litige, y prenaient de la terre, et en portaient une glèbe à la ville devant le prêteur : sur cette glèbe comme sur le champ tout entier, avait lieu la *vindicatio*.

On lit dans Tite Live, à l'endroit où il raconte le combat des Horaces et des Curiaces. " Avant que le combat s'engage, un " traité est conclu entre Albe et Rome : Il porte que le peuple " dont les guerriers auront triomphé, commandera à l'autre " sans l'opprimer. Dans les traités les conditions sont diffé- " rentes, mais les formalités toujours les mêmes. Voici, dit-on, " celles qui furent suivies en cette occurrence, et c'est le plus " ancien traité dont on ait conservé la mémoire. Le fécial " adresse cette question à Tullus : Roi, m'ordonnes-tu de con- " clure un traité avec le *père patrat* du peuple albain ?—Oui, " répondit le Roi.— Roi, reprit le fécial, je te demande l'*herbe* " *sacrée.*— Prends-la pure, répondit le Roi. Le fécial en alla " cueillir de fraîche au Capitole." (1)

Quand ce même fécial déclarait la guerre, au nom du peuple romain, il lançait un javelot sur le territoire ennemi. On serait porté à croire que ce défi était porté à l'ennemi lui-même. Ce serait une erreur. Ce javelot (hasta, lance, toujours le signe violent de la conquête, de la propriété obtenue par la force) était dirigé contre la terre ennemie, elle-même. C'était une prise de possession par la force. C'était l'occupation par les armes. La terre encore ici prise pour objet de la guerre devient dans les usages militaires le symbole de la propriété, comme elle l'était dans les traités. L'esclavage du vaincu n'était que la conséquence de la servitude du territoire.

A Rome la tradition pouvait encore se faire avec la paille : Celui qui revendique prend la chose en tenant une paille, il place cette paille sur la chose en litige, disant : elle est à moi.

La donation de la liberté, l'affranchissement se faisait par la paille. On stipulait en levant de la terre une paille. Le mot

(1 Prisquam dimicarent, fædus ictum inter Romanos et Albanos est his legibus, ut, cujusque populi civis eo certamine vincissit, is altero populo cum bonâ pace, imperitaret. Fœdera alia aliis legibus, citerum eodem modo omnia fiunt. Tum ita factum accepimus, nec ullior vetustior fœderis memoria est. Fecialis regem Tullum ita rogavit : " Jubesne me, Rex, cum patrato populi Albini fœdus ferire ? " jubente rege. " Sagmina, inquit, te, Rex, posco." Rex aït : " Puram tollito." Fœcialis ex arce graminis herbam puram attulit.

Tit. Liv. Lib. 1. XXIV.

même de stipulation vient de *stipula*, paille (1). Plus tard l'homme libre par la paille était le serf affranchi. Avec le progrès du temps la paille grandit ; elle devient une baguette dont le licteur touche la tête de l'esclave.

D'après la loi salique, c'était au tribunal que devait se faire la tradition des biens :

" Il convient d'observer ceci : le dixenier et le centenier " indiqueront l'assemblée ; et il y aura dans l'assemblée un " bouclier... Ensuite ils requéreront dans l'assemblée même, " l'homme à qui le bien n'appartient pas encore ; et il jettera " son *fétu* dans le sein du donateur et lui dira combien il lui " veut donner... Ensuite celui dans le sein duquel il a jeté le " fétu, se tiendra dans sa maison et prendra trois hôtes... Il " doit tout faire avec les témoins qu'il a rassemblés... Puis, " en présence du roi ou d'une assemblée légale, il remettra " son bien à celui qu'il a choisi et recevra le *fétu* dans l'as- " semblée même. Et dans le sein de celui qu'il choisit pour " héritier, il jettera ni plus ni moins que ce qu'il lui donne. " Les témoins diront que celui dans le sein duquel le dona- " teur a jeté la paille, a demeuré dans la maison du donateur, " y a réuni trois hôtes ou plus, qu'il les a nourris, et qu'ils " lui ont rendu grâce en cette maison."

Le fétu qui avait servi dans un contrat était conservé avec soin. La loi salique dit encore : " Si l'un des contractants ne remplit pas ses engagements, l'autre ira vers le Comte, prendra le fétu et dira la *parole* (la formule de la plainte)." Le maître qui cautionnait le serf devait jeter un brin de paille. On disait, il a promis par le *fétu*.

Dans une supplique à Charlemagne, les prêtres qui demandent l'exemption du service militaire, disent : " Nous tous " tenant une paille dans la main droite, et la jetant dans la ' gauche, nous protestons..."

A Rome la prescription d'une terre était interrompue par la rupture d'une branche. On enfonçait des branches en terre pour limiter les champs.

(1) Aujourd'hui encore, les enfants tirent la *courte paille*.

La branche d'arbre était employée comme la motte de terre ou de gazon, pour la tradition d'un fonds.

L'oreille intervient dans la tradition comme la main et le pied, non comme agent mais comme témoin. A Rome, pour prendre quelqu'un à témoin on lui disait : *licet antestari.* S'il répondait *licet*, où s'il tendait l'oreille, on répliquait *Memento* (1).

On lit dans la loi des Ripuaires : " Si quelqu'un achète " d'un autre une maison, une vigne ou toute autre propriété, " et ne peut recevoir du vendeur une preuve écrite (*testamen-* " *tum*), il prendra, si le bien est de médiocre valeur, six " témoins ; trois s'il s'agit de peu de chose ; douze si l'affaire " est importante ; et emmenant avec eux un nombre égal " d'enfants, il se rendra au lieu de la vente. Là, en leur pré- " sence, il livrera le prix du bien et en recevra la propriété, " et à chacun de ces enfants il donnera des soufflets et tirera " l'*oreille*, afin que dans la suite, ils puissent prêter témoi- " gnage.

La tradition se fait encore par le denier. " Pendant qu'on " chantait la messe du matin, il vint, et en présence de tous, " il déposa par huit deniers sa maison sur l'autel du Seigneur " De concert avec eux il plaça sur l'autel le don et l'écrit par " le couteau et le denier d'Anjou." Ducange, III, G. 180.

Dans les âges primitifs, la terre et l'eau sont employés comme symboles de tradition. Plus tard on les retrouve sous la forme d'aliments. " Pour confirmer leurs promesses ils donnèrent solennellement le vin du témoignage." Aujourd'hui dans les usages de nos campagnes comme la chose se pratique encore en France, après le marché, *on boit un coup.* Le pot de vin inusité parmi nous mais qui existe là, se donnait autrefois en nature.

Je n'en finirais pas si je voulais rapporter ici toutes les

(1) Casu venit obvius illi
Adversarius et : " Quo tu, turpissime? Magna
Inclamat voce ; et : " Licet antestari ? " Ego vero
Oppono auriculam. Rapit in jus.

Horac. Sat. Lib. 1, sat. IX.

formes de tradition symbolique, parmi lequelles l'indication par la main, *longâ manû* de la chose vendue, la tradition des clefs et la livraison des titres sont en droit choses toutes familières.

Il me reste à parler des symboles de la procédure, du jugement et de la guerre. Le jugement et la guerre ont presque les mêmes formes dans les sociétés primitives. Coupable, insolvable, vaincu, serf, ces mots sont presque synonymes, au moins pour les effets juridiques.

L'homme appelé en justice, s'il est à table ne doit pas prendre le temps d'essuyer son couteau. La loi de Moïse qui est ici une loi de grâce, dispense pour un an de partir pour la guerre, celui qui n'a pas encore mangé du fruit de sa vigne, et celui qui vient de se marier ; elle lui donne un an pour le passer en joie avec sa femme.

L'assemblée de justice est un lieu sacré. Ce sera la porte de la ville où siégent les anciens ; ou bien sous l'orme féodal, à la Roche du droit ou sous les chênes séculaires de la fôrêt de Vincennes. Le juge regarde le soleil levant. Le soleil est le héraut céleste qui ouvre et ferme l'audience. *Solis occasus suprema tempestas esto.* " Jusqu'à heure d'estoiles " dit l'ancien droit français. La nuit fait les crimes et le jour les juge. Le coupable se trouble à l'aurore ; il baisse la tête devant le soleil.

Les lois antiques donnent généralement à l'accusé le temps de fuir au prochain asile, aux autels, à son propre foyer ; personne ne l'en arrachera. La loi juive reconnait des villes d'asile. Au moyen-âge, le coupable n'a qu'à passer les bras dans l'anneau des portes d'église. Dans ces temps de violence irréfléchie, la pitié est pour le coupable. Les vieilles lois l'appellent paternellement le *pauvre pécheur.* Encore aujourd'hui à Rome, quand un coup de couteau s'est donné, celui que le peuple plaint ce n'est pas le mort, c'est le meurtrier : *Il poverello !*

Le jugement s'ouvre. Qu'on m'apporte le mort. L'accusateur s'avance. Tout le monde regarde le cadavre. Si le meurtrier est là, le mort ne manque pas de s'émouvoir et de vomir

l'écume. Il en advint ainsi lorsque Richard Cœur-de-lion, après sa guerre parricide, vint prier au cercueil de son père.

Dans l'antiquité, l'homme libre a le privilége de se justifier par simple affirmation et par son serment. Tel est le respect de ces temps pour la véracité, leur foi dans la sainteté de la parole.

L'accusé fait aussi jurer sa famille, sa tribu, ses amis. Ils viennent tous et jurent comme ils auraient combattu. Ils n'ont pas besoin de rien savoir du fait, ils ont foi au dire de leur parent et au bon sang de la famille (1). C'est la période juridique de la compurgation. A cette période succède celle du duel judiciaire et de l'ordalie ou jugement de Dieu.

Le législateur, ne pouvant repousser le droit qu'avait l'offensé d'obtenir vengeance, accorde à l'offenseur la faculté de s'arranger avec lui moyennant une amende ou une réparation. Dans le principe, il dépendait de l'offensé de l'accepter ou non. Quand plus tard le gouvernement eut acquis assez de force pour substituer la loi à la vengeance personnelle, il imposa l'acceptation comme obligatoire ; et la taxe fut déterminée, quoiqu'une autre injustice la fît régler d'après la différence de valeur qui existait entre un homme et un homme.

Quelques-uns admirent dans cette peine de la compensation un caractère de liberté qui n'existe dans aucune de celles d'aujourd'hui. Les nôtres frappent le coupable, qu'il reconnaisse ou non le mériter. La composition supposant, au contraire, qu'il avoue son tort, lui permet de choisir entre la vengeance de l'offensé et une réparation ; en même temps, l'offensé, en acceptant la compensation, s'oblige au pardon, à l'oubli, et reçoit une satisfaction que ne donne pas la pénalité moderne.

Dans l'application des peines on ne considérait donc ni l'effet ni les motifs ; on s'occupait uniquement d'indemniser l'offensé en proportion de son rang et du préjudice souffert, et on descendait pour cela dans les détails les plus minutieux. Celui qui est surpris de nuit dans la maison d'autrui peut être tué, s'il ne veut pas se laisser arrêter ; s'il se soumet, il doit payer quatre-vingt sous, quel que soit le motif qui l'a amené. S'il

(1) Origines du Droit Français, page 403.

s'agit d'un dommage causé par des animaux, même par des choses inanimées, il faut également payer.

Dans les lois anglaises antérieures à Alfred, celui qui dérobe à Dieu ou à l'Eglise doit restituer douze fois la valeur de l'objet volé ; ce chiffre descend à neuf, à six et à trois, suivant que le dommage atteint, un prêtre, un diacre ou un clerc. Celui qui se battait dans la maison du roi, perdait ses biens et la vie ; si c'était dans la maison de Dieu, il payait une amende de vingt sous. Le meurtrier d'un moine ou d'un clerc pouvait se soustraire à la pénitence canonique, en se constituant serf de l'Eglise (1). Celui qui avait tué un prêtre ou un évêque, était au pouvoir discrétionnaire du roi.

Le duel tendait encore à substituer des règles légales aux guerres privées, en soumettant la vengeance personnelle à certaines formalités déterminées. L'offensé s'obstine-t-il à vouloir la guerre, qu'il la fasse du moins dans de certaines limites, non pas en troublant la tranquillité générale, mais d'homme à homme, en présence de témoins. De là les combats judiciaires en usage dans tout le moyen-âge pour décider les différends particuliers et publics. Il fallut que les codes s'occupassent au long de cette transformation de l'hostilité privée, pour déterminer quelles personnes pouvaient proposer le duel, dans quels cas et avec quelles règles on devait l'accepter. Les femmes, les enfants, les prêtres en étaient exempts, ce qui fit introduire l'usage des champions chargés de combattre en leur nom ; mercenaires déconsidérés dans l'opinion et aux yeux de la loi, qui leur infligeait des peines en cas de défaite.

Des hommes pour qui la vaillance était la première vertu devaient se persuader facilement qu'il y avait perversité chez celui à qui elle faisait défaut, et que celui qui avait le dessous devait être le moins méritant.

Dès cette époque néanmoins Théodoric, s'exprimait ainsi en écrivant aux barbares et aux Romains qui habitaient la Pannonie : *A quoi sert la langue à l'homme, s'il plaide sa cause à main armée ? Où sera la paix, si l'on combat sous la civilisation ? Imitez nos Goths, qui ont appris à exercer au dehors leur*

(1) Capit. Théod., c. 31.

courage dans les batailles, et à l'intérieur la modération (1). Luitprand trouvait le jugement du duel absurde ; mais il n'osait l'interdire, comme trop enraciné dans les usages de sa nation (2).

L'Eglise n'adopta jamais cette preuve, les conciles ne cessèrent de fulminer contre elle ; mais le roi Gondebaud répondit à Avitus, qui la réprouvait : *N'est-il pas vrai que, dans les guerres des nations comme dans les combats privés, l'événement est dans la main de Dieu ? Or, comment sa providence ne donnerait-elle pas la victoire à la cause la plus juste ?*

En effet, dans des siècles où le sentiment religieux était si profond, où couraient tant de légendes remplies de miracles, l'idée du jugement de Dieu, manifesté par le succès, trouva facilement des partisans : de là à soutenir que la Divinité faisait chaque fois un miracle pour le triomphe de l'innocence, il n'y avait qu'un pas. C'est d'ailleurs une opinion très-ancienne, et nous la trouvons en faveur chez des peuples très-différents, qui, pour éclaircir la vérité, avaient recours au jugement de Dieu.

En outre, les Germains ne regardaient pas seulement le feu et l'eau comme des instruments de Dieu, mais comme étant des dieux eux-mêmes. Or les dieux qui peuvent changer l'ordre des lois naturelles, veulent le châtiment du coupable ; il s'en suivait que le supplice était un sacrifice, et que le magistrat ou le prêtre sévissait au nom de la Divinité.

Les barbares manquent d'institutions savantes et dans une condition sociale où l'établissement d'un système régulier d'accusation et de justification était impossible, ils eurent recours de différentes manières au *jugement de Dieu*, en faisant appel à sa volonté. Tantôt les deux parties adverses devaient rester les bras levés durant tout le temps que l'on chantait une messe ou un office, et celui qui les laissait retomber de fatigue perdait sa cause. Tantôt on leur donnait à avaler un morceau de pain et de fromage bénits, dans la persuasion qu'il s'arrêterait au gosier du coupable. D'autres, accusés de maléfices, surtout

(1) *Variarum*, III, 24.

(2) *Leg. VI*, 64.

les femmes, étaient jetés dans une rivière, et considérés comme coupables s'ils surnageaient. Les épreuves les plus habituelles étaient celles de l'eau bouillante et du fer rouge. On mettait une balle au fond d'une chaudière en ébullition, et l'accusé devait l'en tirer avec sa main nue ; ou bien on lui donnait à manier un fer brûlant, on le faisait marcher sur des barres rougies, puis on appliquait un sceau sur les bandes dont on enveloppait ses pieds ou ses bras ; et s'il n'y apparaissait aucune lésion lorsqu'elles étaient enlevées au bout de trois jours, l'acquittement était prononcé.

La pénalité est le bannissement ou la mort. Que l'on envisage ces peines sous quelqu'aspect que l'on veuille, c'est toujours la société qui rejette de son sein l'individu qui a voulu en mépriser les lois.

Si l'accusé est trouvé coupable, la peine suit immédiatement le jugement.

Je n'ai pu trouver qu'une formule de condamnation. Elle est d'une haute poésie. La voici :

" A toi coupable créature !... En ce jour je te retire tout " droit du pays, tout honneur... Je dépars ton corps aux pas- " sants, au seigneur ton fief, ton héritage à qui de droit. Ta " femme est légalement veuve et tes enfants orphelins. Je te " mets hors de justice, de grâce en disgrâce, de paix hors la " paix, de sorte que, quoiqu'on fasse, on ne puisse méfaire en " toi... Là où chacun trouve paix et sûreté, tu ne les trouve- " ras pas. Nous t'envoyons aux quatre chemins du monde... " Nous t'excluons des quatre éléments que Dieu a donnés aux " hommes et faits pour leur consolation. Nous adjugeons aux " corbeaux et corneilles, aux oiseaux et bêtes, ta chair et ton " sang ; à Notre-Seigneur, au bon Dieu, ton âme si toutefois " il en veut..."

Puis vient le chant du gibet, la voix de la justice du peuple.

Baillon d'aupébine à la beuche,
Au coup baguette de chêne,
Les cheveux au vent
Le corps aux corbeaux ; l'âme au Tout-Puissant !

Ordre du roi subir tu dois
Glaive d'acier cou doit couper !

Et ailleurs :

Loi du Roi Charles subiras
Arbre sec tu chevaucheras !

L'homme primitif dédaignait la mort naturelle. Il supprimait par une fin anticipée la triste et pesante vieillesse. Il eut rougi d'être vaincu par le temps. Il se retire volontairement du monde et se réfugie dans la solitude.

" Quand le Brahmane voit ses cheveux blanchir, et qu'il a " sous les yeux le fils de son fils, il s'en va dans quelque forêt, " habiter seul sous le ciel parmi les racines d'un figuier in- " dien. Ayant déposé en lui le feu sacré, il n'a plus de dieu " domestique ; il vit de fleurs ou de racines. Il attend silen- " cieux comme l'ouvrier le salaire du jour. Il ne désire point " la mort, il ne désire point la vie. Bientôt il laissera l'odieuse " enveloppe comme l'oiseau quitte la branche, comme des " bords d'une rivière, la terre et l'arbre s'en détachent."

Ou il descend sans regret dans le tombeau dont les mythes indiens disent :

" Gardien de la terre, monument de l'homme, le tombeau " contient un témoin muet qui parlerait au besoin. Laissez-y " seulement une étroite fenêtre par où le pauvre grand-père, " puisse au printemps entendre l'hirondelle. Vous donner " quelquefois le soir un bon avis, enfants, de la basse et douce " voix des morts, et s'il vous manque un protecteur témoigner " des droits oubliés. (Mythes indiens. Traduction de M. Loiseleur Deslonchamps, empruntée aux Origines du Droit.)

Je m'arrête ici. Je termine au tombeau du vieillard cette courte esquisse de la biographie juridique de l'homme, commencée au berceau de l'enfant. De l'enfant qui pleure en entrant dans la vie ; du vieillard qui la quitte sans douleur, en offrant de sages conseils à ceux qui lui survivent, et qui se préoccupe encore de leurs droits oubliés.

Je n'ai fait qu'effleurer le sujet si vaste de la symbolique du droit. Si j'ai pu cependant vous en donner une idée suffisante pour la faire comprendre et propre à la faire goûter ; si j'ai

pu contribuer surtout, même dans la plus faible mesure, à dissiper les préjugés répandus à l'égard du droit lui-même et à en faire aimer l'étude, je serai fier d'un travail dont j'admets sans peine le manque de mérite, mais dont la bonne intention me fera, je l'espère, pardonner les défauts.

NOTE DE LA RÉDACTION.

Plusieurs discours remarquables ont été prononcés pendant cette intéressante séance qui a clos la première année d'enseignement de l'Université Laval en cette ville, à laquelle l'élite de la société de Montréal assistait, et qui était présidée par M. l'Abbé Méthot, le vice-recteur de l'Université. Les deux facultés de droit et de médecine, étaient présentes en costume officiel et avaient leurs doyens en tête. M. Cherrier pour le droit et le Docteur Rottot pour la médecine. Les diplômes accordés par la faculté de droit furent distribués publiquement, et les lauréats furent proclamés. D'un commun accord, cette séance a été un grand succès.

Nous publierons dans notre prochaine livraison, le discours remarquable prononcé en cette occasion, par l'Honorable P. J. O. Chauveau, professeur de droit Romain. Nous n'avons pu nous procurer les autres.

LA THÉMIS

REVUE DE LÉGISLATION, DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

RÉDIGÉE PAR

L'HON. T. J. J. LORANGER.
B. A. T. DE MONTIGNY, Avocat.
E. LEF. DE BELLEFEUILLE, Avocat.
CHS. C. DE LORIMIER, Avocat.
EDOUARD A. BEAUDRY, Notaire.
JOSEPH DESROSIERS, Avocat.

VOL. I. SEPTEMBRE 1879. No. 8.

DE L'AFFINITÉ ET DE SES EFFETS.

(SUITE.) (1)

Ce qui suit aurait dû se trouver après le 2e alinéa de la page 83. Nous reproduisons ce 2e alinéa.

Puisque l'affinité dure toute la vie de la personne en qui elle se rencontre, il suit nécessairement que (sauf les exceptions expresses de la loi (2)), les droits, les devoirs et les obligations, les prohibitions et les incapacités qui en découlent continuent d'exister comme elle.

Avant de laisser cette matière, je dois examiner une importante question qui n'a jamais, que je sache, été traitée ici.

Pour qu'il y ait *affinité* entre un conjoint par mariage et les divers membres de la famille de l'autre conjoint, est-il nécessaire que cet autre conjoint et les membres de la même famille aient co-existé ? En d'autres termes, pour qu'il y ait affinité entre vous et les divers membres de la famille de votre femme, est-il nécessaire que ces divers membres aient existé en même temps que votre femme, c'est-à-dire qu'ils soient nés ou au-

(1) Voir le numéro d'Avril.

(2) C. C. art. 167.

moins qu'ils aient été conçus pendant que votre femme vivait ?

Il me semble que cela n'est pas nécessaire et qu'il y a affinité sans effet rétroactif et sans faire produire à l'affinité une autre affinité.

Je crois que le mariage, par sa propre énergie, a créé l'affinité entre chaque conjoint et la famille de l'autre conjoint, non-seulement avec les membres de cette famille alors vivants ou qui vivront simultanément avec le conjoint, mais même avec ceux qui, après la mort du conjoint, viendront accroître la famille à laquelle il a appartenu. Et ce n'est pas là faire produire l'affinité à l'affinité, chose impossible, car le conjoint est bien réellement, par son mariage, membre de la famille de son conjoint. Or, s'il est membre de cette famille, il s'établit une relation entre lui et chaque membre nouveau de la famille. Il ne pourrait en être autrement que si l'affinité était éteinte par le décès du conjoint, et on a vu plus haut que l'affinité est perpétuelle et que ses effets ont le même caractère de perpétuité.

C'est par la propagation du sang que se forme et se perpétue la parenté. " La consanguinité " dit St. Thomas (1) " est un " lien contracté par la propagation du sang entre les personnes " qui descendent d'une même souche." Or le sang qui coule dans les veines du membre de la famille de votre femme, conçu après la mort de cette dernière, est le même sang qui coulait dans les veines de votre femme, le même sang qui coule dans les veines des membres de sa famille qui ont coexisté avec elle. Et cela suffit pour servir de base à l'affinité qui s'établit entre un conjoint et ceux qui sont du même sang que l'autre conjoint. Par l'affinité ou parenté civile chaque conjoint est réputé être du même sang que son conjoint et les parents de son conjoint (2), et l'affinité est perpétuelle, d'où il

(1) *Petite Somme de St. Thomas d'Aquin*, t. 4, page 570.

(2) " L'union conjugale qui identifie les deux époux pour n'en plus faire " qu'une seule et même personne, établit entre l'un d'eux et les parents " de l'autre un lien pareil à celui du sang. En épousant la fille, en épou- " sant le fils, on devient le fils, on devient la fille des père et mère de

suit nécessairement que cette affinité existe même avec ceux qui sont nés et ont été conçus après la mort du prédécédé des conjoints.

Ainsi si vous avez épousé Claire, la fille de Pierre et de Virginie, vous êtes le beau-frère de tous les autres enfants de Pierre et de Virginie vivants lors de votre mariage. Et à mesure que Pierre et Virginie auront des enfants, ces enfants deviendront vos beaux-frères. Bien plus, si, après la mort de Claire, votre femme, qu'elle ait laissé des enfants de son mariage avec vous ou qu'elle n'en ait pas laissé, il survient d'autres enfants à Pierre et à Virginie, vos beau-père et belle-mère, ces nouveaux enfants seront aussi vos beaux-frères (1) Ils ne seront pas vos beaux-frères parce que Pierre et Virginie sont vos beau-père et belle-mère, *affinitas non parit affinitatem*, mais ils le seront parceque le caractère d'affinité qui vous a été imprimé par votre mariage avec Claire est un caractère perpétuel qui vous a fait membre perpétuel de la famille de Claire, caractère qui n'est pas changé par la mort de cette dernière. Ces enfants sont vos beaux-frères, Claire étant morte, comme ils l'auraient été Claire étant vivante, car la co-existence n'est pas requise pour qu'il y ait affinité. Il me semble que non-seulement la nature, mais même l'essence de l'affinité l'exige.

Ainsi vous ne pourrez pas plus épouser la fille née de Pierre et de Virginie après la mort de Claire que vous ne pourriez épouser leur fille ayant co-existé avec Claire. S'il en était autrement, il s'ensuivrait cette conséquence absurde que, de deux filles nées du même père et de la même mère, tous deux père et mère de votre femme décédée, vous ne pourriez pas devenir l'époux de celle qui est née avant la mort de votre femme, sa sœur, et vous pourriez impunément vous marier avec celle qui est née après cette mort et qui est considérée

" l'autre conjoint. Ce n'est plus désormais qu'une seule et même famille " dont les intérêts sont confondus." (9 TOULLIER, *Droit Civil Français*, No. 286.)

(1) Ils le seront même si vous étiez remarié lors de leur conception. Voyez *suprà* page 83.

comme une étrangère. L'enseignement théologique proscrit cette distinction, et notre droit civil doit la proscrire également car, (sauf quelques exceptions clairement exprimées dans la loi), il accepte, en matière de mariage, la doctrine de l'Eglise (1).

Il est bien vrai que la fille de Pierre et de Virginie née après la mort de Claire, ne peut pas hériter de cette dernière (2), car *le mort saisit le vif* (3) ; mais le cas de succession est un cas exceptionnel. C'est une situation particulière relative à certains intérêts matériels et qui ne peut pas avoir d'influence sur les autres situations dans lesquelles, à un moment donné, peuvent se trouver les membres de la même famille.

Les principes ci-dessus ne doivent pas prévaloir seulement en matière de mariage, mais ils doivent aussi prévaloir dans les matières civiles ordinaires, car autrement les conséquences ne seraient pas moins absurdes quoiqu'étant d'un ordre de choses moins élevé. Prenons pour exemple la récusation du juge pour cause d'affinité. Louis, veuf de Claire, fille de Pierre et de Virginie, est juge de première instance. Pierre étant mort, ses deux seuls enfants survivants, qui sont ses seuls héritiers, Jean, né pendant la vie de Claire, et Jacques, né après la mort de cette dernière, intentent contre moi, en leur qualité d'héritiers de Pierre, une action en interruption de prescription (4). L'action est portée à la Cour Supérieure de Montréal et elle est appelée devant Louis, veuf de Claire. Comme vous le voyez, les intérêts de Jean et de Jacques sont identiques et procèdent de la même cause. Si Louis, le juge devant qui la cause est appelée, n'est le beau-frère que de Jean, frère de sa femme décédée et né avant la mort de cette femme, e

(1) Voyez l'article 127 du Code Civil.

(2) Voyez la Loi 6, ff. *De suis et legitimis heredibus.*

(3) *Coutume de Paris,* art. 318.

Cette ancienne règle de notre droit coutumier est reproduite par l'article 608 du Code Civil :

« Pour succéder il faut exister civilement à l'instant de l'ouverture de la succession ; ainsi sont incapables de succéder :

« 1. Celui qui n'est pas encore conçu, etc., etc."

(4) C. C., art. 2230.

n'est pas le beau-frère de Jacques né après la mort de cette même femme, il s'ensuivra cette conséquence absurde que je pourrai récuser Louis comme allié de Jean, et que je ne pourrai pas le récuser comme allié de Jacques. L'absurdité sera bien plus évidente s'il s'agit de l'exécution d'une obligation indivisible, soit matériellement, soit intellectuellement (1), que j'ai contractée envers Pierre. Si Jean et Jacques, les deux seuls héritiers de Pierre, me poursuivent ensemble (2), et que la cause soit appelée devant Louis, je ne pourrai récuser ce dernier que relativement à Jean et il sera tenu de juger relativement à Jacques. Quant à Jean, il faudra procéder devant un autre juge.

Les mêmes conséquences absurdes auraient lieu s'il fallait prendre l'avis du conseil de famille de Jean et de Jacques, encore mineurs, soit pour leur nommer un tuteur (3) soit pour l'aliénation de leurs immeubles (4), soit pour toute autre cause. Je suppose qu'il s'agit de l'aliénation de leurs immeubles qui est l'un des cas les plus graves dans lesquels les intérêts des mineurs ont besoin de protection et de surveillance. Dans le cas de Jean, l'avis du conseil de famille sera nul si on appelle un parent ou un allié plus éloigné que Louis et si on laisse ce dernier de côté ; dans le cas de Jacques, au contraire, l'avis sera nul si on préfère Louis, considéré comme un simple étranger, à un parent ou allié ; on ne pourrait l'appeler que dans le cas de défaillance de la parenté et de l'affinité, et simplement comme ami.

Ces conséquences ou plutôt ces inconséquences suffiraient pour faire proscrire cette singulière doctrine si elle n'était pas contraire à la nature et à l'essence de l'affinité qui tient aux entrailles mêmes de la famille. D'ailleurs une famille ne peut pas se fractionner de manière qu'une partie soit alliée au conjoint d'un de ses membres prédécédé, et que l'autre partie lui

(1) C. C., art. 1124.

(2) Chaque co-héritier ou représentant légal du créancier peut exiger en totalité l'exécution de l'obligation indivisible. (C. C. art. 1129).

(3) C. C., art. 251.

(4) C. C., art. 297.

soit étrangère. Et en décidant ainsi, on ne fait pas produire l'affinité à l'affinité, car, je le répète, elle a été produite au commencement par le mariage qui a été contracté ; et elle a été produite non-seulement avec chaque membre de la famille, mais avec la famille elle-même. Et cette affinité est tellement inhérente à la famille qu'elle atteint chacun de ses membres nouveaux à mesure qu'ils naissent, même si cette naissance n'a lieu qu'après le décès du conjoint membre de cette famille

Un célèbre jurisconsulte moderne, dont les œuvres justement estimées jouissent d'une grande autorité dans la Province de Québec, Demolombe, enseigne une doctrine contraire.

Voici ce qu'il dit (1) :

" L'alliance qui ne se forme que par le mariage, ne peut " dès lors s'établir qu'entre l'un des époux et ceux des parent " de l'autre, qui ont été conçus avant la dissolution du ma- " riage. J'épouse Sophie, fille de Pierre et de Jeanne. Sophie " meurt, et c'est seulement après sa mort que Pierre et Jeanne, " mon beau-père et ma belle-mère, ont une autre fille, Julie. " Cette nouvelle fille sera-t-elle mon alliée, ma belle-sœur ? " Je ne le crois pas. En effet je ne pourrais être l'allié de Julie " que par ma femme ; je ne pourrais être son beau-frère " qu'autant que ma femme aurait été sa sœur ; or ma femme " étant décédée avant la naissance ou plutôt avant la concep- " tion de Julie, n'a jamais été sa parente ; la parenté est une " relation, un lien, qui ne peut se former qu'entre deux per- " sonnes qui co-existent en même temps et simultanément ; " aussi cette nouvelle fille n'aurait-elle aucun droit à la suc- " cession de Sophie (art. 725 (1)) ; ma femme dès lors n'a pas " été sa sœur ; donc je ne saurais être son beau-frère.

" Ces motifs étant les mêmes dans tous les cas, soit qu'il y " ait, soit qu'il n'y ait pas d'enfants de mon mariage avec " Sophie, je n'admettrais pas de distinction.

(1) *Cours de Code Civil*, t. 3, No. 114.

(1) L'article 725 du Code Napoléon correspond à l'article 608 de notre Code.

" Il me semble donc que je pourrais épouser Julie (1), même " sans dispense, et ne dites pas que Julie étant la fille de mon " beau-père et de ma belle-mère, doit par eux devenir ma " belle-sœur.———— Je ne suis que l'allié de mon beau-père " et de ma belle-mère ; or, l'alliance, comme nous allons le " voir, ne produit pas l'alliance : *affinis affinem non generat.* " (L. 4, § 3, ff. *de Grad et Affin.*)

" Le droit romain prévoit une hypothèse à peu près sem- " blable : une femme divorcée a une fille depuis la pronon " ciation du divorce ; cette fille est-elle l'alliée, la belle-fille " de l'ancien mari de cette femme ? C'est le mariage qui pro- " duit l'alliance ; or, au moment où cette fille a été conçue, le " mariage n'existait plus et sa mère ne tenait désormais par " aucun lien à son ancien époux ; donc elle n'est pas son " alliée (2), puisqu'elle ne pourrait se rattacher à lui que par " sa mère........... *hæc quidem non est privigna tua.* (§ 9, *Inst. de Nuptiis*)."

(1) Boileux, *Commentaire sur le Code Napoléon*, t. 2, sur l'article 162, dit :

" L'alliance existe-t-elle entre l'un des époux et les parents de l'autre, " s'ils ont été conçus depuis la dissolution du mariage ; par exemple, après " la mort de ma femme, pourrai-je épouser une fille survenue à ses père et " mère depuis cet événement ? Cette nouvelle fille sera-t-elle mon al- " liée ?————Ma femme, peut-on dire, n'a jamais été sa parente ; " donc je ne puis être son beau-frère ; par conséquent, le mariage peut " avoir lieu (Demolombe, No. 144).———— Cependant, il faut recon " naître qu'un tel mariage répugnerait tout au moins aux convenances " sociales."

Je n'ai pas trouvé d'autres auteurs qui traitent cette question.

(2) " Il doit cependant s'abstenir de l'épouser, *Verum nuptiis ejus abs-* " *tinendum*" (L. 12, § 3, ff. *de Ritu Nuptiarum*), car " il faut toujours " considérer dans les mariages, non-seulement ce qui est permis, mais en- " core ce qui est honnête, *semper in conjunctionibus, non solum quid* " *liceat considerandum est, sed et quid honestum sit.*" (L. 42, ff. *eod. tit.*).

" Si la femme que vous avez répudiée, a une fille d'un autre mariage, " cette fille n'est pas votre belle-fille ; cependant Julien dit que vous devez " vous abstenir de l'épouser." (*Institutes*, Liv. 1, Tit. 10, § 9, *de Nuptiis.*)

Ainsi le droit romain crée un empêchement d'honnêteté publique dans le cas cité par Demolombe.

Il me semble que cette doctrine de Demolombe serait cause d'embarras considérables si elle était suivie dans la pratique, car il faudrait à chaque instant scinder des intérêts identiques D'ailleurs elle ne peut pas être suivie en matière de mariage, car la doctrine du droit canonique n'admet pas la distinction fondée sur la co-existence.

L'affinité est de tous les temps et de toutes les législations. Les hommes ont toujours considéré comme un proche le conjoint de leur proche. Quant aux effets de l'affinité, ils ont varié avec les différentes époques et suivant les lois et les mœurs de chaque peuple.

Nous allons voir dans la section suivante quels sont les principaux effets de l'affinité dans notre droit civil.

SECTION II.

DES EFFETS DE L'AFFINITÉ.

L'affinité produit des conséquences juridiques très-importantes. Ces conséquences ont lieu dans plusieurs circonstances, notamment dans le mariage, les tutelles, les récusations de juges, etc. Je vais exposer quelques-unes de ces conséquences dans les paragraphes suivants.

---

§ 1.

Des effets de l'affinité relativement au mariage.

Les principales conséquences juridiques de l'affinité ont lieu dans le mariage. L'Eglise et l'Etat reconnaissent également ces conséquences juridiques, et les nullités prononcées par celle-là sont généralement (1) admises par celui-ci.

L'affinité produit un empêchement de mariage. Ayant généralement (2) le mariage pour cause, il est remarquable que les principaux effets de l'affinité ont lieu relativement au mariage que chaque conjoint, devenu veuf, voudrait contracter avec les parents de son conjoint prédécédé.

(1) Voyez l'article 117 du Code Civil.

(2) On a vu plus haut et on verra *infrà* que la fornication produit aussi l'affinité.

ARTICLE I.

DES EMPÊCHEMENTS EN GÉNÉRAL.

Les empêchements de mariage sont les divers obstacles qui s'opposent au mariage d'une personne. Lorsque le mariage est contracté avec un empêchement quelconque, il manque d'une des conditions requises pour sa validité ou sa licité.

Les empêchements se divisent en empêchements de droit naturel, en empêchements de droit divin et en empêchements de simple droit ecclésiastique.

Ils se divisent encore en empêchements dirimants et en empêchements prohibants ou prohibitifs.

Les empêchements dirimants sont ceux qui rendent le mariage nul. Ils se divisent en absolus et en relatifs.

On compte seize empêchements dirimants de mariage qui sont :

1o. Le défaut d'âge (1) ; 2o. L'erreur (2) 3o. La condition ; 4o. Les vœux solennels et perpétuels ; 5o. La consanguinité ou parenté (3) ; 6o. Le crime (4) ; 7o. La disparité du culte ou différence de religion (5) ; 8o. La violence (6) ; 9o. L'engagement dans les ordres sacrés (7) ; 10o. Le lien ou un mariage existant (8) ; 11o. L'honnêteté publique ; 12o. La démence ;

(1) L'homme, avant quatorze ans révolus, la femme, avant douze ans révolus, ne peuvent contracter mariage. (C. C. art. 115).

(2) C. C., art. 116.

(3) C. C. arts. 124, 125, 126.

(4) " Savoir, l'adultère avec promesse de mariage; le conjucide (meurtre de l'époux ou de l'épouse) concerté entre deux personnes, dans l'intention de se marier ensuite ensemble ; le conjucide et l'adultère réunis, quoiqu'il n'y ait pas promesse de mariage." (3 Guillois, Catéchisme, 8e édition, page 539).

(5) La différence de religion ne rend le mariage nul que lorsqu'un chrétien se marie avec une personne qui n'a pas été baptisée.

(6) C. C., art. 995.

(7) Le sous-diaconat, le diaconat, la prêtrise, l'épiscopat.

(8) C. C., art. 118.

13o. L'affinité ou alliance (1) ; 14o. L'impuissance (2) ; 15o. Le rapt de violence ; 16o. La clandestinité (3).

Ces divers empêchements, moins ceux de défaut d'âge et de démence, sont renfermés dans les vers suivants :

Error, conditio, votum, cognatio, crimen,
Cultus disparitas, vis, ordo, ligamen, honestas ;
Si sis affinis, si forte coire nequibis,
Si parochi, aut duplicis desit præsentia testis ;
Raptaque sit mulier, nec parti reddita tutæ :
Hæc facienda vetant connubia, facta retractant.

Les empêchements dirimants absolus empêchent la personne en qui ils se rencontrent de contracter aucun mariage.

Les empêchements dirimants relatifs empêchent simplement ceux en qui ils se rencontrent de contracter mariage avec certaines personnes quoiqu'ils puissent se marier avec d'autres.

Les empêchements dirimants sont perpétuels ou temporaires. Ils sont perpétuels si celui en qui ils se rencontrent se trouve dans un tel état qu'il ne pourra jamais se marier (4) Ils ne sont que temporaires si celui en qui ils se rencontren peut devenir dans un état à pouvoir se marier (5).

Les empêchements sont publics ou secrets. Les empêchements publics sont la parenté et l'affinité légitime, etc. Les

(1) C. C., arts. 124, 125.

(2) C. C., art. 117. Le Code admet cet empêchement, mais il prononce la déchéance si la partie avec qui l'impuissant a contracté a laissé passer trois ans sans se plaindre.

(3) Les empêchements dirimants de rapt et de clandestinité ont été créés par le Concile de Trente. Session 24e, *Décret de Réformation touchant le Mariage*, chapitres 1 et 6.

L'empêchement de clandestinité existait plusieurs siècles avant le Concile de Trente, mais il n'était alors que *prohibitif*. Innocent III, dans le quatrième concile de Latran, défendit les mariages clandestins, et prononça des peines sévères contre ceux qui les contracteraient, etc., mais il ne déclara pas que ces mariages seraient nuls.

(4) L'empêchement qui résulte de l'impuissance perpétuelle est un empêchement perpétuel.

(5) Tels sont les empêchements qui résultent du défaut de puberté, de la folie, etc.

empêchements secrets ou occultes sont le crime, l'affinité pro venant de la fornication, etc.

Parmi les divers empêchements énumérés plus haut " quel-" ques-uns portent sur le contrat ; ce sont : l'*erreur* et la *vio-*" *lence*, qui mettent obstacle au consentement. D'autres, " attachés aux contractants, les rendent inhabiles à l'usage du " mariage ; on les nomme les empêchements de l'*impuissanee* " *de nature*, de la *servitude*, de l'*Ordre* et du *vœu.*' D'autres " sont particuliers seulement à certaines personnes, tantôt par " suite d'un mariage déjà contracté, et c'est le *lien du mariage* ; " tantôt par défaut de convenance, soit qu'il y ait trop de dis-" tance de l'une à l'autre, de là la *disparité du culte ;* soit, au " contraire, qu'il y ait trop de rapprochement, et ici se pré-" sentent la parenté, l'*affinité* et l'*honnêteté publique ;* soit, " enfin, par suite d'un crime antérieur, tel que l'*adultère* et " l'*homicide* (1)."

Les empêchements prohibants ou prohibitifs n'annulent pas le mariage, ils le rendent seulement illicite.

" Nos canonistes " dit Gousset (2) " réduisent les empêchements prohibants au nombre de quatre, et les renferment dans ce vers latin :

" Ecclesiæ vetitum, tempus, sponsalia, votum."

Ces quatre empêchements sont donc la défense de l'Eglise le temps prohibé, les fiançailles et le vœu. Mais, outre que le second de ces empêchements rentre dans le premier, la défense de l'Eglise, *Ecclesiæ vetitum*, n'exprime pas assez clairement les différents empêchements de droit ecclésiastique qui rendent le mariage illicite. Aussi, sans parler de la défense particulière de l'évêque ou du curé, ou plutôt de la non permission, relativement au mariage de ceux qui ne sont pas en règle, nous comptons six empêchements prohibants, savoir : le défaut de publication de bans (3) ; le défaut de consentement de la part des parents (4) ; la différence du culte entre les catholiques et

(1) St. Thomas d'Aquin. *Petite Somme*, t. 4, page 563.

(2) *Théologie Morale*, 8e édition, t. 2, No. 836.

(3) C. C., arts. 57 et s. et 130 et s.

(4) C. C., arts. 119 à 122.

les hérétiques (1) ; la défense de se marier en certains jours de l'année ; les fiançailles ; le vœu simple de chasteté (2)."

Les divers empêchements de mariage qui existaient dans notre ancien droit sont admis par le Code Civil dans l'article 127.

Ces empêchements étaient aussi admis en France avant la révolution. Le Code Napoléon ne reconnaît plus que les suivants : l'erreur, la parenté, l'affinité, le lien, l'âge et la violence ou la crainte.

Le droit romain reconnaissait cinq empêchements de mariage qui étaient : la parenté, l'affinité, l'honnêteté publique, la puissance et la dignité ou inégalité de condition. Les empereurs Arcadius et Honoriùs établirent un sixième empêchement fondé sur la différence de religion (1).

(1) Voyez le 8e vol. des Pandectes, traduction de Bréard-Neuville, page 399.

ARTICLE II.

DU POUVOIR DE CRÉER DES EMPÊCHEMENTS DE MARIAGE.

Le mariage n'est pas une institution humaine. Il a été institué par Dieu lui-même dans le Paradis terrestre, au commencement du monde, lorsqu'après avoir formé Eve d'une côte d'Adam et la lui avoir présentée, il les bénit et il leur dit : Croissez et multipliez, et remplissez la terre. *Benedixit*

(1) Le 29 novembre 1764 le Pape Clément XIII a étendu à la Province de Québec la Déclaration du Pape Benoît XIV relative aux mariages mixtes contractés en Hollande et en Belgique. Cette déclaration, qui est en date du 4 novembre 1741, permet les mariages mixtes dans ces pays.

Voyez les *Ordonnances Synodales et Episcopales du Diocèse de Québec*, pages 257 et s.

(2) On a vu plus haut que le vœu solennel est un empêchement dirimant. " La différence entre le vœu simple et le vœu solennel repose sur ce " principe, qu'en émettant le vœu solennel, l'homme renonce par le fait " même à tout pouvoir sur son corps, pour se consacrer à Dieu dans la " continence perpétuelle ; tandis que, dans le vœu simple, il ne livre pas " immédiatement ce qu'il promet." (St. Thomas, *loc. cit.*, page 568).

que illis Deus et ait : crescite et multiplicamini, et replete terram (1).

Plus tard Notre-Seigneur Jésus-Christ en fit l'un des sept sacrements de l'Eglise qu'il venait fonder sur la terre et qu'il substituait à la loi ancienne. " Le mariage," dit le Concile de Trente (2), " dans la loi évangélique, étant donc beaucoup " avantagé au-dessus des mariages anciens, à cause de la grâce " qu'il confère par Jésus-Christ, c'est avec raison que nos " Saints Pères, les Conciles et la tradition universelle de " l'Eglise nous ont de tout temps enseigné à le mettre au " nombre des sacrements de la nouvelle loi." Le Concile prononce l'anathème contre ceux qui soutiennent que le mariage n'est pas un sacrement (3).

Notre Saint Père le Pape Pie IX, d'illustre et sainte mémoire, a condamné la proposition suivante extraite du Syllabus.

" LXV. *Nullâ ratione ferri potest, Christum evexisse matri-" monium ad dignitatem sacramenti.* On ne peut établir par " aucune preuve que Jésus-Christ a élevé le mariage à la " dignité de sacrement." (1)

A l'Eglise seule, par conséquent, à elle, l'interprête infaillible de la loi de Dieu, appartient le droit exclusif de créer des empêchements au mariage. Ce droit, elle le tient de son divin fondateur qui lui a donné le pouvoir de *lier* et de *délier*, et qui l'a placée sous la direction du St. Esprit, lui promettant d'être avec elle jusqu'à la consommation des siècles.

Les pouvoirs politiques n'ont pas juridiction dans cette ma

(1) Genèse, C. 1, V. 28.

(2) Session XXIV, *Exposition de la doctrine touchant le sacrement de mariage.*

(3) Même session, Canon 1.

(1) " Que Jésus-Christ ait élevé le mariage à la dignité de sacrement, " on le prouve par St. Paul, par la Tradition, par les Saints Pères et les " Conciles." (Le R. P. A. Braun, S. J. *Instructions dogmatiques sur le mariage chrétien*, édition de 1866, page 18.)

Ces conférences contiennent une solide réfutation des erreurs de Pothier sur le mariage.

tière (1) ; ils n'ont que le droit de régler les effets civils qui découlent du mariage. C'est la doctrine de tous les Papes et de tous les Docteurs, et elle a reçu la plus solennelle consécration dans le Syllabus et l'Encyclique *Quanta Cura*. Pie IX a condamné l'erreur suivante qui est la 68e proposition du Syllabus : " L'Eglise n'a pas le pouvoir d'établir des empêche- " ments dirimants au mariage ; mais ce pouvoir appartient à " l'autorité séculière, par laquelle les empêchements existants " peuvent être levés (2) ".

L'état s'est arrogé le droit, en certaines circonstances, de créer des empêchements au mariage. En le faisant, il a outrepassé ses pouvoirs, car il n'a aucun droit sur les sacrements, et le mariage est un sacrement. Il est aussi un contrat, mais c'est un contrat sacrement et tombant comme tel sous la juridiction exclusive de l'Eglise (3). Cette dernière, il est vrai, a accepté plusieurs empêchements créés primitivement par les lois civiles, mais c'est cette acceptation et uniquement cette

(1) *Ecclesia sola impedimenta matrimonii dirimentia constituere potest, et consequenter principes* SÆCULARES non possunt CONSTITUERE IMPEDIMENTA, *nisi ad meros effectus civiles.*

Constat...... 4. Ex ratione theologica. Cum enim matrimonium a Christo elevatum sit ad dignitatem sacramenti, necessario soli potestati spirituali subjicitur. Etenim quamvis in matrimonio distinguatur ratio contractus et ratio sacramenti, integrum tamen matrimonium ad sacramentum pertinet, cum contractus sit ipsius materia. Aliunde sequerentur maxima incommoda ex conflictu potestatis, si duæ potestates ab invicem independentes impedimenta matrimonii constituere possent ; quod enim una ædificaret, destruere posset altera. (2 Gury, *Compendium Theologiæ Moralis*, p. 441).

(2) LVIII. Ecclesia non habet potestatem impedimenta matrimonium dirimentia inducendi, sed ea potestas civili auctoritati competit, à quâ impedimenta existentia tollenda sunt.

(3) Les propositions suivantes ont aussi été condamnées par Pie IX.

LXVI. Le sacrement de mariage n'est qu'un accessoire du contrat et peut en être séparé et le sacrement lui-même ne consiste que dans la seule bénédiction nuptiale.

LXXIII. Par la force du contrat purement civil, un vrai mariage peut exister entre chrétiens ; et il est faux, ou que le contrat de mariage entre chrétiens soit toujours un sacrement, ou que ce contrat soit nul en dehors du sacrement.

acceptation qui a été la consécration de ces empêchements. " Sans l'intervention de l'Eglise," dit St. Thomas (1), " la prohibition de la loi civile ne suffirait pas pour constituer un empêchement du mariage."

" Nous ajouterons que la bulle *Auctorem fidei*, du 28 août 1794, qui a été adressée par Pie VI *à tous les fidèles*, et qui a été reçue par toutes les Eglises sans réclamation, condamne comme hérétique et comme subversive des décrets du Concile de Trente, la doctrine du synode de Pistoie, qui prétendait que le droit d'apposer des empêchements dirimants au contrat de mariage n'appartient originairement qu'à la puissance civile (2). Cette constitution déclare que l'Eglise a toujours pu et qu'elle peut, en vertu d'un *pouvoir qui lui est propre*, établir des empêchements qui rendent le mariage nul (3), même quant au *lien* ou contrat naturel. " Doctrina synodi asserens, " *ad supremam civilem potestatem dun taxat originarie spectare* " *contractui Matrimonii apponere impedimenta ejus generis quæ* " *ipsum nullum reddunt, dicunturque dirimentia*...... subjun- " gens, *supposito assensu vel conniventia principum, potuisse* " *Ecclesiam juste constituere impedimenta dirimentia ipsum con-* " *tractum Matrimonii ;* quasi Ecclesia non semper potuerit ac " possit, in christianorum matrimoniis, *Jure proprio*, impedi- " menta constituere, quæ *Matrimonium* non solum impediant,

(1) *Petite Somme*, t. 4, page 580.

(2) Pie IX continuant les saines traditions de ses prédécesseurs a aussi condamné la proposition suivante :

LXIX. L'Eglise, dans le cours des siècles, a commencé à introduire les empêchements dirimants non par son droit propre, mais en usant du droit qu'elle avait emprunté au pouvoir civil.

(3) *Ecclesia potestatem habet constituendi impedimenta matrimonium non tantum impedientia, sed et dirimentia.* De fide est.

Constat 1. Ex definitione *Conc. Trid. sess.* 24. *Can.* 4............ Constat 2 ex ratione theologica. Ecclesia enim accepit a Christo omnem potestatem necessariam vel etiam utilem ad rempublicam christianam recte gubernandam ; atqui potestas constituendi impedimenta matrimonii est valde utilis, et quidem necessaria, ut matrimonium cum honore et decentia rei tam sacræ debita a fidelibus tractetur. Ergo, etc.

Voyez le P. Perrone. *Prælectiones Theologicæ*, t. 2, pages 426 et s. *Tractatus De Matrimonio*, Cap. 3.

" sed et *nullum reddant quoad vinculum*, quibus christiani
" obstricti teneantur etiam in terris infidelium in eisdemque
" dispensare, canonum III, IV, IX, XII, sessionis XXIV con-
" cilii Tridentini eversiva et *hæretica*." On doit donc regarder comme absolument nuls, et quant au sacrement et quant au contrat naturel, les mariages de ceux qui, sans être légitimement dispensés, n'observent pas les formalités prescrites par l'Eglise sous peine de nullité (1)."

La création d'empêchements au mariage est fondée sur un grand nombre de raisons extrêmement graves, qui font voir la sagesse de l'Eglise. Je me contenterai de citer St. Thomas (2). " Si l'on assigne ", dit-il, " des empêchements au mariage plutôt qu'aux autres sacrements, c'est que, premièrement, exigeant le concours de deux personnes, tandis que, dans les autres sacrements, une seule suffit, il peut être empêché pour un plus grand nombre de motifs. En second lieu, il constitue un état pour lequel il n'y a ni précepte, ni conseil, comme il en existe à l'égard des biens parfaits ; on lui assigne plus d'empêchements qu'aux autres sacrements, précisément pour porter à y renoncer. Il peut d'ailleurs être considéré comme un devoir naturel, comme un sacrement et comme un contrat civil, et, par suite, la loi naturelle, la loi ecclésiastique......... peuvent rendre une personne inhabile à se marier, ce qui n'a pas lieu pour les autres sacrements. Cela nous explique aussi pourquoi les empêchements n'ont pas été les mêmes à toutes les époques : la loi naturelle reçoit diverses déterminations selon les états divers du genre humain, et le droit positif varie aussi avec les temps et les relations sociales."

Avant de terminer ces notes sur le pouvoir *absolu* et *exclusif* de l'Eglise de créer des empêchements dirimants, je crois devoir reproduire, pour l'avantage du lecteur, les Canons du Concile de Trente sur le Mariage. Ces Canons ont été promulgués dans la 24e Session, tenue le 11 novembre 1563, sous le Pape Pie IV (1).

(1) Gousset *Théologie Morale,* 8e édition, t. 2, No. 783.

(2) *Loc. cit.*, page 564.

(1) Cette session est la 8e tenue sous ce pape.

DU SACREMENT DE MARIAGE. (2)

Canon I.

Si quelqu'un dit que le mariage n'est pas véritablement et proprement un des sept sacrements de la loi évangélique, institué par Notre-Seigneur Jésus-Christ, mais qu'il a été inventé par les hommes dans l'Église, et qu'il ne confère point la grâce : Qu'il soit anathème.

Canon II.

Si quelqu'un dit qu'il est permis aux chrétiens d'avoir plusieurs femmes, et que cela n'est défendu par aucune loi divine : Qu'il soit anathème.

Canon III.

Si quelqu'un dit qu'il n'y a que les seuls degrés de parenté et d'alliance qui sont marqués dans le Lévitique (c. 7) qui puissent empêcher de contracter mariage, ou qui puissent le rompre quand il est contracté, et que l'Église ne peut pas donner dispense en quelques uns de ces degrés, ou établir un plus grand nombre de degrés qui empêchent et rompent le mariage : Qu'il soit anathème.

Canon IV.

Si quelqu'un dit que l'Église n'a pu établir certains empêchements qui rompent le mariage, ou qu'elle a erré en les établissant : Qu'il soit anathème.

Canon V.

Si quelqu'un dit que le lien du mariage peut être rompu pour cause d'hérésie, de cohabitation fâcheuse ou d'absence affectée de l'une des parties : Qu'il soit anathème.

Canon VI.

Si quelqu'un dit que le mariage fait et non consommé n'est pas rompu par la profession solennelle de religion faite par l'une des parties : Qu'il soit anathème.

(2) Cette traduction est extraite de l'Histoire du Concile de Trente, par le Père Pallavicini, S. J., publiée par l'abbé Migne,

CANON VII.

Si quelqu'un dit que l'Église est dans l'erreur quand elle enseigne comme elle a toujours enseigné, suivant la doctrine de l'Evangile et des apôtres, que le lien du mariage ne peut être dissous pour le péché d'adultère de l'une des parties; et que ni l'un ni l'autre, pas même la partie innocente, qui n'a point donné sujet à l'adultère, ne peut contracter d'autre mariage pendant que l'autre partie est vivante,—mais que le mari, qui, ayant quitté sa femme adultère, en épouse une autre, commet lui-même un adultère ; ainsi que la femme, qui, ayant quitté son mari adultère, en épouse un autre: Qu'il soit anathème.

CANON VIII.

Si quelqu'un dit que l'Église est dans l'erreur quand elle déclare que pour plusieurs causes il se peut faire séparation, quant à la couche et à la co-habitation, entre le mari et la femme, pour un temps déterminé ou non déterminé : Qu'il soit anathème.

CANON IX.

Si quelqu'un dit que les ecclésiastiques qui sont dans les ordres sacrés, ou les réguliers qui ont fait profession solennelle de chasteté, peuvent contracter mariage ; et que l'ayant contracté, il est bon et valide, nonobstant la loi ecclésiastique ou le vœu qu'ils ont fait; que de soutenir le contraire, ce n'est autre chose que de condamner le mariage, et que tous ceux qui ne se sentent pas avoir le don de chasteté, encore qu'ils l'aient vouée, peuvent contracter mariage : Qu'il soit anathème, puisque Dieu ne refuse point ce don à ceux qui le lui demandent comme il faut, et qu'il ne permet pas que nous soyons tentés au-dessus de nos forces. (1 Cor 10).

CANON X.

Si quelqu'un dit que l'état du mariage doit être préféré à l'état de la virginité ou du célibat; et que ce n'est pas quelque chose de meilleur et de plus heureux, de demeurer dans la virginité ou dans le célibat, que de se marier : Qu'il soit ana-

CANON XI.

Si quelqu'un dit que la défense de la solennité des noces en certains temps de l'année est une superstition tyrannique qui tient de celles des païens ; ou si quelqu'un condamne les bénédictions et les autres cérémonies que l'Eglise y pratique : Qu'il soit anathème.

CANON XII.

Si quelqu'un dit que les causes qui concernent le mariage n'appartiennent pas aux juges ecclésiastiques : Qu'il soit anathème.

Le Concile de Trente a été publié dans la Province de Québec. (1). Cette publication se renouvelle même tous les ans, du moins quant au fameux décret *Tametsi* qui concerne les mariages clandestins, car le Rituel de Québec ordonne aux curés de lire ce décret au prône, le premier dimanche après l'Épiphanie. Cette ordonnance du Rituel est d'autant plus sage que le voisinage des États-Unis expose un grand nombre de personnes à aller y contracter des mariages radicalement nuls.

E. A. BEAUDRY.

(1) Voyez les Ordonnances Diocésaines de Québec, pages 306 et suiv.

(*A continuer.*)

LA CODIFICATION DES STATUTS DU BAS-CANADA

(*Suite et fin.*)

C'est là une des causes de la confusion de nos lois statutaires et de l'incertitude jetée dans leur application. Encore si les lois nouvelles étaient proposées à un point de vue d'ensemble, si elles embrassaient toute la matière et complétaient l'organisation du sujet qu'elles règlementent. Quelque vicieuses qu'elles pussent être sous d'autres rapports, elles auraient pour effet de coordonner les différentes branches de la législation et de la systématiser.

Il n'en est pas ainsi. C'est par fragments que la législature procède. Ce n'est pas toute la loi ancienne que la loi nouvelle abroge, pour lui en substituer une autre et former un tout complet. C'est l'une après l'autre, à chacune de ses dispositions, qu'année par année l'on s'attaque, sans bien se rendre compte d'une abrogation partielle sur l'ensemble de la loi ou de la concordance d'une disposition nouvelle avec ce qui en reste. On ne se préoccupe pas de l'ajustement de la pièce que l'on pose à la place de celle qu'on enlève. Qu'on nous pardonne la comparaison, on ne se met pas même en peine de déguiser la soudure !

C'est ainsi qu'on détruit sans reconstruire, et que lambeau par lambeau on déchire notre législation ! Que l'on jette un coup d'œil rétrospectif de trente ans dans nos annales législatives et l'on verra que Parlement par Parlement, l'œuvre de la législature a été de détruire ou modifier la législation précédente. Et à quoi ont abouti tant d'efforts ? Dans bien des cas à la confusion !

En voici un exemple :

La Commission a reçu peu de temps après son organisation, instruction de refondre la loi des licences. Pas moins de quarante statuts avaient été faits sur ce sujet, devenu la proie d'une complète anarchie !

Croira-t-on qu'un mois de travail assidu a été à peine suffi-

sant, pour retracer le sens de tant de dispositions, presque incohérentes et souvent contradictoires. Le projet préparé sera soumis à la présente session de la Législature, qui pourra juger par l'utilité de cette refonte particulière, de la nécessité d'une refonte générale.

Le nombre des Statuts faits sur le sujet des lois civiles avait été un des besoins du Code, dont la promulgation eut dû pour longtemps, au moins fermer la porte à la législature Statutaire sur les matières qu'il renferme.

Malgré la prééminence du Code Napoléon, il renferme des imperfections reconnues, qui ont été la suite inévitable de sa rédaction hâtive ! Cependant tel a été le respect pour ce monument par excellence de la législation moderne, pour cette arche d'alliance juridique des deux régimes de la France, qu'à l'exception de deux ou trois changements touchant au droit public, et comparativement étrangers au droit privé, personne ne voulut jamais y porter la main, tant on a redouté d'ouvrir la porte aux inovations.

Il n'en a pas été ainsi de notre Code Civil et encore moins du Code de Procédure Civile auxquels la Législature a fait de nombreux amendements, dont on peut en bien des cas contester le mérite ! Tant est grande l'ardeur de la législation, à laquelle la Commission a été chargée de mettre un terme, pour quelque temps au moins, par la refonte de toutes les lois statutaires sur lesquelles la Province a autorité, l'incorporation des modifications dont ces lois sont susceptibles, et l'organisatien en un corps régulier de chacune des grandes divisions des Statuts.

C'était rude besogne à entreprendre !

Si à part les difficultés de son exécution, on jugeait seulement de la somme du travail que cette œuvre exige, par l'étendue de son cadre, et la quantité des matériaux qui doivent le remplir, on verrait déjà qu'elle est énorme. En effet, à part la classification, la Codification proprement dite et la recherche des modifications à faire à la loi, le seul travail de compilation embrasse les Statuts Refondus du Canada et du Bas-Canada, ceux de la Province du Canada de 1861 à 1867,

les statuts fédéraux de 1867 jusqu'à 1876 et ceux de la Législature de la Province de Québec pendant la même période, c'est-à-dire au delà de deux mille lois à parcourir et compulser loi par loi, article par article, phrase par phrase, uniquement pour la préparation des tables dont il va être parlé et l'étude préliminaire soulevée par chaque loi, sur son caractère local ou fédéral, en d'autres mots sur son ressort au parlement fédéral ou à la législature locale, et sur sa vigueur ou son abrogation. Quand on connaît l'enchevêtrement de ces lois et leurs nombreuses ramifications, les difficultés d'en saisir la pensée et de la suivre dans le dédale de leurs nombreux changements, l'effet rétroactif de la législation nouvelle sur la législation ancienne, le caractère ambigu de bien des dispositions incertaines dans le fond et confuses dans la forme, et cela, en sus des difficultés inhérentes à toute interprétation juridique, on peut comprendre l'étendue de l'œuvre dont ont été chargés les commissaires qui doivent maintenant rendre compte à Votre Excellence du plan qu'ils ont adopté et du progrès qu'a fait l'ouvrage.

Pour éclairer le premier point la Commission croit qu'elle ne peut mieux faire que de reproduire textuellement le plan même qu'elle a adopté lors de son organisation.

" Comme le Statut organique divise en deux parties dis-" tinctes l'œuvre de la Commission, les lois sur lesquelles la " Législature de Québec a juridiction et celles sur lesquelles " elle est sans compétence, cette division nécessite naturelle-" ment comme procédé préliminaire, la recherche de ces lois.

" Il faut donc d'abord étudier soigneusement cette partie de " l'Acte de l'Amérique Britannique du Nord, créant les attri-" butions du Parlement Fédéral et ceux de la Législature " locale.

" Il faudra ensuite parcourir les diverses législations que " nous devons classifier, reviser et refondre, c'est-à-dire les " statuts d'un caractère général, en commençant par ceux de " la ci-devant Province du Canada, y compris en premier lieu " les Statuts Refondus du Canada, et du Bas-Canada, ensuite " ceux passés depuis 1861 à la Confédération, les Statuts fédé-" raux et ceux de la Province de Québec.

" Deux tables générales doivent être préparées, l'une indi-
" quant les lois qui sont de la compétence locale et l'autre
" celles qui ne le sont pas.

" Deux autres tables devront ensuite être faites indiquant
" les lois de chaque division qui sont en force dans la Pro-
" vince de Québec et celles qui ne le sont pas.

" Le procédé suivant consistera dans la classification des
" lois des deux divisions, en suivant autant que possible l'ordre
" établi pour les Statuts Refondus du Canada et du Bas-
" Canada.

" Deux Compilations littérales des lois des deux divisions se-
" ront faites ensuite avec numérotage.

" La compilation des lois qui ne sont pas du ressort local
" aura alors atteint sa perfection. L'autre sera l'objet d'une
" codification, c'est-à-dire d'une refonte avec changement de
" phraséologie et de numérotage.

" Le dernier travail contiendra les amendements à faire à
" ces lois et qui seront proposés dans la forme adoptée par les
" Rédacteurs du Code Civil.

" Le présent plan sera sujet aux déviations et modifications
" suggérées graduellement pour les difficultés ou inconvé-
" nients que pourrait offrir son exécution rigoureuse et de
" manière à rencontrer les vues de la Législature et favoriser
" la perfection de l'œuvre." (Plan de l'ouvrage).

Immédiatement après l'adoption de ce plan, la Commission s'est mise à l'œuvre et y a travaillé sans relâche jusqu'à ce jour.

On ne peut douter que les études préparatoires à un travail d'une pareille étendue ne consument un temps considérable. La seule préparation des tables demandait de grandes recherches préliminaires, quand même ces recherches se seraient bornées à un simple travail de vérification, relatif à la vigueur ou à la surannation des divers statuts, semblable à celui fait par les premiers et les seconds Commissaires, pour qui cette vérification n'était à bien des égards qu'un travail de patience.

Il n'en était pas ainsi pour les Commissaires actuels.

Comme nous venons de le voir, leur première investigation

devait avoir pour objet de discerner les lois de la compétence de la Législature Provinciale, car celles-là seules peuvent être le sujet de la refonte, de celles qui ne le sont pas ; ces dernières ne pouvant qu'être l'objet d'une compilation.

Cette investigation soulevait des questions constitutionnelles de la plus grande importance, nées de l'interprétation de l'Acte de l'Amérique Britannique du Nord, 1867 ; des questions de conflit de pouvoir entre le Parlement Fédéral et les Législatures Provinciales. Ces questions fréquemment soulevées devant le conseil privé fédéral, devant les conseils provinciaux et agitées devant les tribunaux, n'ont reçu de solution judiciaire que dans une ou deux causes, qui ont été, croyons-nous, portées en appel.

Cependant les cas où elles se sont présentées dans le travail des Commissaires sont, on pourrait presque dire innombrables. Il n'est pas une loi, de la ci-devant Province du Canada, de la Province de Québec et du Parlement fédéral où la question ne se présente ; naturellement sans créer de doute dans le plus grand nombre des cas, où la solution est tranchée, mais entourée de grandes difficultés dans un grand nombre d'autres.

On ne peut se faire une idée de leur nombre ni de leur étendue sans avoir à les rencontrer.

Ces difficultés il a cependant fallu les trancher, car c'était la clef de voûte de l'ouvrage. De là la nécessité de recherches et d'études nombreuses, dans la matière si contestée de la constitutionnalité des lois dans les pays soumis au régime fédéral.

Pour se mettre en état de résoudre ces questions, la Commission a dû se tracer un cadre des règles générales applicables à chaque cas particulier. Ce travail peu difficile en apparence, prit cependant des proportions inattendues dans le principe que la Commission crut faire une œuvre utile au public, en même temps que nécessaire à ses membres, en lui donnant la forme d'un traité succinct sur le sujet, et songea à le faire imprimer. Cette publication qui renfermera plusieurs cents pages, de la grandeur ordinaire du pamphlet, sera prochainement en état d'être livrée à l'impression et la Commis-

sion a lieu d'espérer que les frais seront couverts par la vente du livre, sans en charger le trésor public.

Les deux tables mentionnées en premier lieu dans le plan de l'ouvrage, c'est-à-dire, indiquant l'une les lois de la compétence locale, et celles qui ne le sont pas ou qui sont de la compétence fédérale, furent ensuite préparées. Ces tables ne sont pas encore complétées de manière à être livrées au public, auquel elles seraient d'ailleurs sans utilité actuelle, n'ayant dans le moment de valeur que pour les commissaires. Elles ont cependant atteint un degré de perfection suffisant pour leur permettre de procéder simultanément à la compilation des lois fédérales et à la refonte des lois provinciales.

A l'égard des tables faisant voir l'état de la législation, relativement à la continuation en force ou à l'abrogation de chaque loi fédérale et locale, et qui ont été complétées par la Commission, le gouvernement a cru devoir les faire imprimer pour l'utilité du public.

La première partie du travail de refonte des lois de la législature de Québec, a fait de sensibles progrès. Nous avons vu que cette refonte exige d'abord la compilation de celles de ces lois qui sont en force, pour ensuite les classifier, en changer la phraséologie et définitivement suggérer les amendements.

Cette compilation est en grande partie faite, et si le travail devait se borner là, comme celui de la refonte des statuts du Canada et du Bas-Canada, il serait sous quelques mois prêt à être livré à l'impression.

La rédaction des lois des licences qui va être soumise à la Législature pendant la présente session a été ci-haut mentionnée. La commission a en outre rédigé plusieurs autres lois organiques, les lois d'érection civile des paroisses, celles des registres de l'état civil, les statuts d'organisation du régime judiciaire dans ses dispositions non comprises dans le Code de Procédure civile, et en partie les lois d'instructiou publique.

Les commissaires avaient d'abord cru, que l'intention du gouvernement était de soumettre ces lois durant la présente session, de même que la loi des licences et ils s'étaient mis en

mesure de répondre à son désir. Ce n'est qu'en apprenant sa détermination contraire qu'ils ont discontinué leur travail.

Aux termes de l'article 7 de la loi organique de la Commission, les Commissaires devaient au gouvernement anxieux sans doute de connaître la manière dont ils l'ont exécutée jus qu'à ce jour, un rapport de leurs procédés et des progrès de l'œuvre à eux confiée, et ils se sont empressés de le faire pendant la présente session de la Législature.

Ils sont en lieu d'espérer que la prochaine session verra l'achèvement d'une notable partie de l'ouvrage, qui sera alors livrée à la publication. En une matière aussi vaste et entourée d'autant de difficultés, il est cependant impossible de baser, même sur la meilleure volonté et le travail le plus opiniâtre, des calculs certains, et ils ne peuvent faire à cet égard que des conjectures, convaincus cependant qu'ils peuvent compter sur une juste appréciation de leurs efforts et sur la justice que méritent aux fonctionnaires publics comme aux particuliers, un sentiment loyal du devoir entrepris et le dévouement à l'accomplir.

T. J. J. LORANGER,
Président de la Commission de
Codification des Statuts.

J. J. CURRAN, C. R.,
Secrétaire.

G. C. BUCHANAN, C. R.
Commissaire.

BOUCHER DE BOUCHERVILLE,
Commissaire.

A. T. MARSAN,
Secrétaire.

H. CYRIAS PELLETIER,
Commissaire.

Québec, 15 février 1878.

BIBLIOGRAPHIE.

LE CODE CIVIL ANNOTÉ, *étant le* CODE CIVIL DU BAS-CANADA, *tel qu'en force le 1er octobre* 1879 ; *auquel on a ajouté les autorités citées par les codificateurs, et un grand nombre d'autres références aux sources du droit, la jurisprudence des arrêts, diverses annotations et une table alphabétique et analytique*, par EDOUARD LEFEBVRE DE BELLEFEUILLE, avocat. Montréal, Beauchemin & Valois, 1879.

De quel avantage a été la codification de nos lois civiles, c'est ce que sauraient dire surtout ceux qui se sont livrés à l'étude et à la pratique du droit avant la promulgation du Code. La multiplicité des sources d'où dérivait notre législation obligeait l'étudiant et l'avocat à acquérir à la fois la connaissance de l'ancien droit coutumier, du droit écrit, du nouveau droit français, des coutumes et des lois de l'Angleterre, des édits et ordonnances de nos gouverneurs français, des arrêts du Conseil Supérieur, et enfin des Statuts décrétés chaque année par nos assemblées législatives. Dans ce chaos de lois, de coutumes et d'autorités il fallait faire un choix, discerner ce qui s'appliquait à notre province de ce qui était pour nous lettre morte, distinguer les dispositions qui étaient encore en vigueur de celles qui avaient été abrogées, ou qui étaient tombées en désuétude. On comprend quel labeur rude et incessant exigeait une pareille tâche. Et l'on comprend aussi quelle dette de reconnaissance nous avons contractée envers ceux de nos législateurs qui voulurent que cette tâche fût faite une fois pour toutes, et que l'étude du droit civil fût désormais rendue facile par la codification de nos lois.

Mais on le sait, si le Code contient, distribuées avec ordre et définies clairement les dispositions de la loi, il n'a pas la prétention de renfermer tous les principes fondamentaux de la

science du droit. Ce qu'il nous offre c'est l'application de ces principes aux diverses circonstances de notre vie sociale. Pour bien comprendre le Code, pour pénétrer dans l'esprit du législateur, il faut nécessairement chercher les sources auxquelles il a puisé, et consulter les autorités sur lesquelles il s'est appuyé. C'est pour faciliter de cette manière l'étude et l'intelligence des lois que l'on a publié, en France, plusieurs éditions annotées du Code Napoléon ; et c'est dans le même but que M. Ed. Lef. de Bellefeuille, publiait, dès 1867, une édition française du Code du Bas-Canada, indiquant à la suite de chaque article les autorités qui ont servi de base à sa rédaction.

Poursuivant l'œuvre qu'il a commencée il y a douze ans, M. de Bellefeuille publie une nouvelle édition de son Code annoté. Comme la première, celle-ci contient encore les références aux autorités qui ont guidé et inspiré les codificateurs, et en outre, un grand nombre d'autres autorités se rapportant à différents sujets, et qui ont servi de base aux arrêts des tribunaux dans des causes importantes. De plus, elle indique les changements qui ont été faits au Code depuis sa promulgation.

Ces changements sont déjà très-nombreux. Sur plus d'un point l'expérience a fait voir des défauts dans l'œuvre des codificateurs : *Errare humanum est...* Et d'un autre côté, rien n'est stable ici-bas : *Tempora mutantur*, *etc.* Les lois paraissent être, comme le reste, sujettes aux changements. Et puis, ne l'oublions pas, nous vivons dans le siècle du progrès. Ce qui était bon hier ne l'est plus aujourd'hui, mais en revanche il faut adopter aujourd'hui telle mesure dont le besoin ne se faisait pas sentir hier. Nous ne devons donc pas être surpris en voyant le nombre d'amendements et de lois nouvelles que nous vaut chaque session de la législature. L'ouvrage de M. de Bellefeuille reproduit avec soin les différentes modifications que l'on a ainsi faites aux premières dispositions du Code, et il nous épargne la peine de consulter les statuts de chaque année pour y trouver ces amendements. De plus, il indique et reproduit au long les statuts qui, sans former un amendement réel au Code, modifient cependant l'application

de quelques-uns de ses articles, ou règlent la manière de les exécuter.

Mais ce qui fait le mérite particulier de cette nouvelle édition c'est qu'elle contient, à la suite de chaque article du Code, les décisions de nos tribunaux qui s'y rapportent. Nous avons ainsi en regard, ies dispositions de la loi et la manière dont cette loi a été comprise et appliquée par ceux qui ont reçu le droit et la mission de l'interpréter. Parmi ces arrêts, il se trouve plusieurs décisions importantes de la Cour d'Appel qui n'ont pas encore été publiées. Nous voyons aussi des décisions qui, ayant été rendues avant la promulgation du Code. ont encore leur utilité dans les cas où il s'agit de transactions antérieures au 1er août 1866, et qui, en conséquence, doivent être décidées suivant les dispositions de la loi que le Code a abrogée, et de la jurisprudence d'alors.

Pour donner une idée plus exacte de ces annotations nous citerons un des articles.

" 2015. Entre les créanciers les privilèges ne produisent d'effet à l'égard des immeubles qu'autant qu'ils sont rendus publics en la manière déterminée et sauf les exceptions contenues au titre *De l'Enregistrement des Droits Réels.*

" S. R. B. C., c. 37, sec. 26 et 27, § 1.—Trop., *Priv.*, Nos. 266 et suiv.—C. N., 2106.

" Par l'acte 29-30 Vict.,c. 57, s. 11, § 15, le privilége de la corporation de Québec pour taxes et cotisations municipales ne requiert pas enregistrement.

" L'acte 37 Vict., c. 51, s. 96, contient une disposition semblable pour les taxes et cotisations municipales de la cité de Montréal.

" Le Code Municipal, art. 946,dit : " Toutes taxes municipales constituent une créance privilégiée, exempte de la formalité de l'enrégistrement."

" AMEND.—*L'acte Q.* 33 *Vict., c.* 32, *s.* 33, *concernant les compagnies pour l'empierrement des chemins, contient ce qui suit :*

" Nonobstant les dispositions des articles 2009 et 2015 du Code civil, les priviléges énumérés dans les deux sections précédentes prendront rang immédiatement après les taxes et coti-

sations municipales, et le décret n'aura pas pour effet de purger ces terres du privilége acquis à la compagnie pour le paiement des versements non échus et de la rente annuelle due à l'avenir.

" JURISP.—L'enregistrement d'un bordereau des frais funéraires privilégiés sur l'immeuble alors sous saisie, dans le délai fixé par la loi, est valable.— Beaudry vs. Desjardins, XV L. C. J., 274.

Il est facile de comprendre le mérite et l'utilité d'un pareil ouvrage, et les avantages qu'il y a pour les membres de la profession en particulier de trouver dans un même livre notre Code Civil et toute notre jurisprudence, résumée par ordre de matière.

On peut avec raison appliquer au livre de M. de Bellefeuille ce que l'on a dit en France, d'une publication du même genre. " Nul livre, sans contredit n'offre aussi éminemment le moyen de se fixer à l'instant sur les principes du droit et sur les points controversés, soit de faciliter la recherche des précédents judiciaires et des solutions diverses dont les jurisconsultes, les magistrats, les hommes de pratique ont journellement besoin dans l'exercice de leur profession... Nul n'abrége au même degré le temps d'étude."

Nous félicitons sincèrement M. de Bellefeuille d'avoir entrepris et mené à bonne fin un travail aussi considérable. Cette compilation de notre jurisprudence nécessitait beaucoup de science et de discernement, beaucoup de recherches et d'études, et aussi, devons-nous ajouter, beaucoup de courage et de persévérance. M. de Bellefeuille a dû, pour accomplir son œuvre, mettre à profit les quelques instants de loisir que peuvent laisser une nombreuse clientèle et des occupations multipliées. Il a fait preuve d'un grand zèle pour l'étude, et d'un grand amour pour la noble science du droit. Nous devons reconnaître qu'il donne en cela un bel exemple.

Le public, nous l'espérons, saura apprécier la valeur de cet ouvrage, et l'accueillera avec toute la faveur qu'il mérite. Nous en avons la garantie dans les lettres de félicitations que M. de Bellefeuille a reçues de plusieurs juges et avocats

auxquels il avait communiqué la première partie de son ouvrage.

Nous nous faisons un devoir de reproduire en entier une de ces lettres, dans laquelle une autorité à coup sûr très-compétente apprécie le mérite du *Code Civil annoté* beaucoup mieux que nous ne saurions le faire.

L'honorable Juge Routhier écrit ce qui suit à M. de Bellefeuille :

" C'est de grand cœur que je vous félicite d'avoir mené à bonne fin l'important travail que vous m'avez adressé, et que vous auriez eu droit d'intituler *Le Code Civil Annoté.*

" Je n'ai pu l'examiner dans toutes ses parties ; mais il m'a suffi d'un coup d'œil rapide pour saisir l'inappréciable mérite de l'ensemble.

" Depuis plusieurs années je désirais qu'un homme laborieux et versé dans la science du Droit entreprît cet ouvrage, dont le besoin se faisait vivement sentir, et je suis heureux de constater qu'il est fait et bien fait.

" Il y a lieu de se réjouir des progrès que l'étude du Droit a faits dans notre pays depuis la codification de nos lois, et de la facilité qu'elle offre maintenant à la jeunesse studieuse, grâce aux travaux de quelques hommes zélés comme vous. Il ne saurait entrer dans le cadre d'une simple lettre de mentionner toutes les publications canadiennes qui méritent la reconnaissance de nos hommes de loi ; mais je saisis cette occasion de payer un juste tribut d'éloges au récent *Digest* de M. Stephens et à l'œuvre volumineuse et savante de l'Hon. juge Loranger.

" Nous vivons dans un temps où l'on fait tout très-vite—trop vite peut-être— où l'on voudrait même tout savoir, sans avoir la peine de rien étudier ; il était donc extrêmement utile de présenter dans un seul tableau, de réunir et combiner dans un seul livre notre loi et notre jurisprudence, le texte primitif de notre Code, les modifications qu'il a subies depuis son existence, l'indication des auteurs contenant la solution doctrinale des questions qui découlent du texte, et enfin l'interprétation que nos tribunaux lui ont donnée. Ce travail si désirable manquait, et vous avez heureusement comblé cette lacune,

C'est un pas de plus, un nouveau progrès pour la science du du Droit Canadien, et je suis convaincu que tous les hommes de loi en tireront grand profit.

" Veuillez agréer, mon cher monsieur, l'expression sincère de mes vœux pour le succès de votre ouvrage, et de mes meilleurs sentiments pour votre personne."

Le *Code Civil annoté* est précédé d'une préface par l'Honorable Sir A. A. Dorion, juge-en-chef de la Cour du Banc de la Reine. L'honorable juge examinant l'état actuel de notre législation, constate que le travail de M. de Bellefeuille rencontre une véritable nécessité, et il en fait voir les principaux avantages.

" J'ai eu, dit-il, l'avantage d'en suivre le progrès et de voir chacune de ses parties à mesure qu'elles ont été imprimées, et je puis rendre ce témoignage que tout l'ouvrage me parait fait avec le plus grand soin, et que les citations, en autant qu'il m'a été possible de les vérifier, sont justes et applicables aux différents articles qu'elles servent à expliquer.

" La forme de l'ouvrage ne laisse rien à désirer, et ce livre sera l'une des plus utiles productions que nous ayons eues jusqu'à présent sur le Code Civil."

Nous ajouterons, au sujet du présent ouvrage, que le texte du Code et celui des arrêts est reproduit avec une grande exactitude, et que l'impression est soignée et élégante. Le *Code Civil annoté* forme un volume de 800 pages, grand in-8o, et il fait honneur aux éditeurs, MM. Beauchemin & Valois.

J. D.

LA THÉMIS

REVUE DE LÉGISLATION, DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE.

VOL. I. OCTOBRE 1879. No. 9.

SERVITUDES PAR DESTINATION DE PÈRE DE FAMILLE.

C'est une opinion assez répandue dans une certaine classe de jurisconsultes, que la codification d'un corps de droit a pour effet de le fixer irrévocablement et de mettre un terme à son perfectionnement. C'est aussi cette raison qu'ont surtout coutume d'alléguer les écrivains qui s'opposent à la codification du Droit Anglais. Sans nous arrêter à discuter cette question, il nous semble, au contraire, que, quoique le but des codificateurs soit de simplifier et de fixer le droit, leur travail ne laisse pas d'être plus ou moins imparfait, et que plusieurs matières échappent inévitablement à leur attention. En effet avec les meilleures intentions du monde, le législateur se trouve, bien souvent, réduit à indiquer le principe de la loi, et à renvoyer aux traités spéciaux pour son développement. Quelquefois les tribunaux lui tendent la main et par leurs décisions fixent un point de droit auparavant douteux, mais malgré tout cela, il reste encore des questions qui sont bien loin de trouver leur solution dans les articles du Code, mais qui donnent lieu à des difficultés fort sérieuses.

Parmi ces matières se trouve le sujet que je me suis choisi

pour ce travail. En effet la destination du père de famille parait à peine avoir été définie par nos codificateurs, et cependant, les commentateurs du Code Napoléon ne s'accordent guère sur le sens qu'on doit lui prêter. Il serait donc à propos, peut-être, d'en dire ici quelques mots, et d'indiquer la doctrine qu'on doit suivre. La tâche, sans doute, est assez difficile, mais en examinant attentivement les opinions des grands écrivains, l'auteur de cet article se flatte d'éviter les écueils auxquels l'exposerait son inexpérience et de mériter sinon l'approbation, du moins l'indulgence de ses lecteurs.

Commençons d'abord par poser le principe, qu'on peut, en droit, s'obliger, non seulement par une disposition expresse contenue dans un acte quelconque, mais aussi d'une manière tacite ; *eadem vis taciti atque expressi.* Ainsi en contractant une obligation, le débiteur s'oblige *tacitement* à indemniser son créancier, s'il manque d'exécuter ce qu'il a promis de faire. De même en s'engageant à construire une maison, l'ouvrier contracte l'obligation *tacite* de garantir le proprié taire contre tous les accidents qui proviendraient de quelque vice de construction. Il en est ainsi des servitudes, et de même qu'on peut les stipuler d'une manière expresse, il peut arriver aussi qu'une servitude se trouve établie, sur un immeuble, sans que les titres de propriété y fassent la moindre allusion. On a coutume d'appeler ces services : *servitudes par destination de père de famille*, car comme on le verra dans l'instant, c'est cette destination, acceptée *tacitement* par les parties, qui est la cause efficiente ou créatrice de la servitude. Mais avant de développer cette théorie davantage, voyons, en quelques mots la nature de la destination du père de famille. Pour cela faisons une hypothèse.

Deux héritages sont réunis dans la main d'un même propriétaire. Entre ces deux fonds il existe une relation quelconque qui constituerait une servitude s'ils appartenaient à des propriétaires différents.

Tant que durera cette réunion, le service que l'un des héritages tire de l'autre ne formera pas, sans doute, une servitude, car il y aura confusion.

Mais qu'on les sépare par vente, donation, échange, partage etc. Alors ce service se trouvera-t-il de nouveau en vigueur et constituera-t-il une servitude proprement dite ?

Voilà toute la question, et comme on le voit il ne s'agit ici que d'interprêter l'intention des parties.

Or, ou bien l'acte, en vertu duquel se fait la séparation des deux fonds, s'explique formellement sur le maintien ou sur la suppression du service, ou bien il n'en parle pas, ou aucun acte n'est représenté. Dans le premier cas il n'y a pas de difficulté et il faut s'en rapporter entièrement aux termes de la convention. Dans la seconde supposition il faut examiner l'intention, soit des parties, soit du disposant, et si nous trouvons qu'ils ont voulu maintenir le service qui existait entre les deux propriétés, nous dirons qu'il y aura servitude *par destination de père de famille.*

Voilà donc la nature de ces servitudes ; cela se réduit, comme je viens de le dire, à une simple question d'interprétation. Cependant c'est là précisément la difficulté, et nous trouvons chez les auteurs français une grande divergence d'opinion sur ce sujet. Mais avant d'aller plus loin, voyons en quelques mots l'historique des Servitudes par destination.

Chez les Romains il était de principe que toute servitude devait être expressément stipulée, et par conséquent, on n'admettait pas en leur jurisprudence *la destination du père de famille.* En effet le jurisconsulte Paul, dans la loi 30 § 1, au Digeste, *de servitutibus prædiorum urbanorum*, formule la décision suivante : " *Si quis ædes, quæ suis ædibus servirent, quum* " *emisset, traditas sibi accepit, confusa sublataque servitus est ;* " *et si rursus vendere vult, nominatim imponenda servitus est,* " *alioquin liberæ veniunt.*"

Dans les pays de droit écrit, où la jurisprudence romaine avait poussé de fortes racines, il n'y avait pas de servitudes par destination de père de famille, mais dans les pays de coutume, il règnait, à cet égard, une assez grande diversité. Les coutumes de Paris, (art. 216) et d'Orléans (art. 228) admettaient cette destination quand elle était apparente, et que la nature, l'étendue et la situation en étaient spécifiées par écrit.

Telle est aussi la loi de notre Province. Au contraire d'autres coutumes, celles de Dourdan (art. 72), de Reims (art. 350), et de Sédan (art. 379), n'en exigeaient pas une preuve écrite. Les coutumes de Normandie, (arts. 609, 620 et 621), de Tourraine, art. 212) et du Ludunois (ch. XXI, art. 1) ne la reconnaissaient que dans le cas de partage. Dans le Code Napoléon nous trouvons trois articles sur ce sujet :

Art. 692. " La destination de père de famille vaut titre à " l'égard des servitudes continues et apparentes."

Art. 693. " Il n'y a destination de père de famille que lors- " qu'il est prouvé que les deux fonds actuellement divisés ont " appartenu au même propriétaire, et que c'est par lui que les " choses ont été mises dans l'état d'où résulte la servitude."

Art. 694. " Si le propriétaire de deux héritages entre les- " quels il existe un signe apparent de servitude, dispose de " l'un des héritages, sans que le contrat contienne aucune " convention relative à la servitude, elle continue d'exister " activement ou passivement en faveur du fonds aliéné ou " sur le fonds aliéné."

Ces trois articles sont un peu obscurs et même contradictoires. Aussi ont-ils suscité de grands dissentiments parmi les jurisconsultes qui ont commenté le Code Napoléon, et on a imaginé cinq systèmes pour les expliquer et concilier. Cependant je crois qu'il me serait tout à fait inutile de rendre compte d'une discussion, sans aucun intérêt sous notre droit, qui, quoiqu'il n'entre pas dans les mêmes détails que le Code français, est bien plus facile à comprendre.

Dans notre Code nous n'avons qu'un seul article sur les servitudes par destination de père de famille. C'est l'art. 551 qui se lit comme suit : " En fait de servitude, la destination " du père de famille vaut titre, mais seulement lorsqu'elle " est par écrit et que la nature, l'étendue et la situation en " sont spécifiées."

Cet article, quoique moins obscur que les dispositions du Code Napoléon que je viens de citer, contient cependant quelques expressions qui ont besoin d'explication. Ainsi on pourrait se demander qu'est-ce qu'une *destination par écrit ?* Pour

répondre en cette question il faut se rappeler que sous la coutume de Paris, qui est l'une des principales sources de notre droit, on exigeait, avant d'admettre la destination du père de famille, que l'on prouvât *par écrit*, (c'est-à-dire en produisant, par exemple, les instructions données aux architectes qui ont construit les ouvrages démontrant l'existence de la servitude), que le propriétaire avait l'intention d'imposer un service sur un héritage en faveur de l'autre. Ensuite comment cette destination *vaut-elle titre ?* C'est qu'en principe " nulle servitude ne peut s'établir sans titre " (art. 449 C. C.), mais quand on ne peut douter que l'intention du propriétaire ait été de constituer une servitude, la loi prête à cette intention la même force qu'à un titre ordinaire, en vertu de la maxime que j'ai citée plus haut : *eadem vis taciti atque expressi.* Notre article n'explique pas non plus, que cette servitude a pour cause une relation existant entre deux héritages réunis dans la main d'un même propriétaire, et qui se transforme en servitude par l'effet de leur séparation. Cependant les Codificateurs ont probablement pensé qu'il serait impossible de renfermer tous les détails de la question dans les bornes de quelques articles, et ont cru préférable de renvoyer aux auteurs qui ont traité ce sujet. Ils auraient mieux fait, néanmoins, de donner à leur article un peu plus de précision, et de prévenir ainsi les difficultés qui ne manqueront d'arriver chaque fois que cette question sera agitée devant nos tribunaux.

Nous avons donc vu que la *destination du père de famille* a pour cause une certaine relation existant entre deux héritages réunis dans la même main, et qui se transforme en servitude par l'effet de leur séparation. En effet une chose se vend ou se transfère dans l'état où elle se trouve, *cum sua conditione.* Or la servitude c'est l'immeuble dans sa position actuelle, car comme s'exprime Guy Coquille (sur Nivernais, tit. X., art. 2) : " la forme, l'estat et la face de l'œuvre font partie de la chose vendue." Donc cette servitude est nécessairement constituée par l'acte d'aliénation des deux héritages, qu'elle y soit mentionnée ou non, pourvu toutefois qu'elle ne soit pas exclue par une stipulation contraire. Et qu'on ne dise pas que cette

doctrine est injuste à l'égard de l'acquéreur, car il est présumé avoir visité et examiné l'immeuble, et s'en être déclaré satisfait ; il ne peut donc s'en prendre qu'à lui-même s'il n'a pas su remarquer l'existence de quelque servitude apparente sur la propriété qu'il vient d'acheter.

De plus, c'est précisément parce que cette servitude a pour cause la situation des lieux qu'elle s'appelle servitude par destination de père de famille, et ce mot *destination* a ici le même sens que lorsqu'on parle d'*immeubles par destination*. Car, de même que l'on achète une maison avec les glaces faisant corps avec la boisure, un héritage se transfère dans son état actuel, c'est-à-dire avec toutes les servitudes qui ressortent de sa position.

En vertu des articles du Code Napoléon que j'ai cités plus haut, les auteurs ont coutume d'exiger, pour la destination de père de famille, que la relation ou le service dont elle prend naissance, soit établi 1o par le propriétaire lui-même, 2o et par le propriétaire avec l'intention d'en faire un arrangement permanent et perpétuel. Notre Code ne contient pas de semblables dispositions, mais se contente de dire qu'en fait de servitude, la destination de père de famille vaut titre, quand elle est par écrit. Cependant je n'ai aucun doute que nos tribunaux n'exigeassent l'existence des conditions que je viens de rapporter. En effet si la relation a été constituée par un tiers à l'insu du propriétaire, le sens même des expressions défend d'y voir une destination de ce dernier. Il faudra aussi que l'arrangement qui donne lieu à la servitude, ait un caractère permanent et perpétuel, car autrement on ne pourrait démontrer que l'intention du propriétaire fût de constituer une servitude. En effet cette relation serait tout simplement une circonstance accidentelle et ne pourrait jamais être considérée comme faisant partie de l'état normal du fonds. Les auteurs vont plus loin et disent que si les ouvrages constituant la servitude ont été faits par un locataire ou même par un usufruitier, il n'y aura pas de *destination de père de famille*. Ceci se comprend facilement, car, encore une fois, il serait impossible de prouver la destination du propriétaire.

Cependant Demolombe croit que si, "au moment de la division des héritages, l'arrangement existant était de nature "à constituer, par l'effet même de la séparation, une servitude continue et apparente, l'art. 692 serait applicable, lors "même que cet arrangement n'aurait été établi que par un "fermier ou un locataire, sauf au propriétaire, s'il l'avait "ignoré, son action en dommages-intérêts contre celui-ci." (Servitudes No. 811). Cette opinion semble aussi être autorisée par l'art. 694 du Code Napoléon qui admet la servitude, quand le propriétaire de deux héritages, entre lesquels il existe un signe apparent de servitude, dispose de l'un des héritages sans que le contrat contienne aucune convention relative à ce service. On peut douter que cette doctrine soit admise par nos tribunaux. Je crois toutefois que si le locataire ou l'usufruitier ont constitué la servitude au moyen d'ouvrages tellement apparents que le propriétaire ne peut être présumé avoir ignoré leur existence, il ne serait pas reçu à opposer cette ignorance, ou le défaut d'autorisation, à un tiers qui aurait acheté un des fonds, et qui voudrait se prévaloir d'une servitude apparente, qui existerait entre son héritage et celui de ce propriétaire. Mais si dans les mêmes circonstances le propriétaire voulait réclamer une servitude en vertu de la *destination de père de famille*, il semble difficile d'admettre une telle prétention, quand il serait prouvé que ce propriétaire, loin d'avoir voulu constituer une servitude, ignorait même l'existence des ouvrages qui en font foi. Avec cette distinction, l'avis de Demolombe semble tout à fait conforme aux principes de notre Droit.

Comme je viens de le dire, il faut que l'arrangement ou la relation, qui donne lieu à la servitude, ait un caractère permanent et perpétuel. Mais il n'est pas nécessaire que la servitude soit indispensable à l'héritage en faveur duquel elle a été créée ; il suffit qu'elle lui soit seulement utile. On n'exige pas non plus que la marque extérieure de la servitude consiste en maçonnerie ou aucun ouvrage d'art, mais il faut que le service soit apparent.

Venons maintenant à la preuve de la destination de père de

famille. En France on n'exige la preuve que de deux faits : 1o que les deux fonds actuellement divisés aient appartenu au même propriétaire ; 2o que ce soit par lui que les choses aient été mises dans l'état d'où résulte la servitude (art. 693 C. N.). Cette preuve selon l'opinion générale peut se faire par témoins, quand même il n'y aurait pas un commencement de preuve par écrit. Il est vrai que l'article 694 du Code Napoléon admet la servitude quand " le propriétaire de deux héri-" tages, entre lesquels il existe un signe apparent de servitude, " dispose de l'un des héritages, sans que le contrat contienne " aucune convention relative à la servitude." Mais Marcadé et plusieurs autres auteurs sont d'avis que le législateur n'avait pas en vue ici la destination de père de famille, mais voulait tout simplement prévoir un cas qui pouvait arriver.

En cette province on n'admet pas aussi facilement la destination de père de famille. En effet l'article 851 du Code Civil dit que la destination de père de famille vaut titre, " mais " seulement *lorsqu'elle est par écrit, et que la nature, l'étendue* " *et la situation en sont spécifiées.*" Ainsi notre loi ne se con-" tente pas de la preuve testimoniale, mais veut qu'on établisse *par écrit* le fait de la destination du propriétaire, ainsi que la nature, l'étendue et la situation du service. Donc on ne pourrait invoquer ici une doctrine semblable à celle de l'art. 694 du Code Napoléon, mais il faudrait absolument une preuve écrite, et de l'intention du propriétaire, et de la nature de la relation entre les deux héritages. Cette disposition nous vient de la coutume de Paris, et a pour objet de protéger l'acquéreur contre les servitudes qu'on pourrait réclamer sur sa propriété.

Maintenant comment faire cette preuve ? Je crois qu'il suffirait de produire les instructions données aux architectes, quand elles ont trait aux ouvrages qui constituent le service. On pourrait aussi apporter tout plan authentique, ou toute convention sous seing privé, pourvu qu'elle ait acquis une date certaine, (par exemple par la mort ou l'absence de l'une des parties-signataires), antérieure à la séparation des deux fonds. Du reste les tribunaux n'exigeraient probablement

pas autant de précision dans ces documents, que s'il s'agissait d'un contrat ordinaire. Il y a même plus, si ces actes ou instructions, avaient été détruits par quelque accident extraordinaire, comme un incendie ou une inondation, Pothier est d'avis qu'on pourrait prouver leur contenu par témoins, en établissant préalablement leur perte tel que susdit.

Avant de terminer, examinons une question sur laquelle tous les auteurs ne sont pas d'accord. On se rappelle que la loi admet la destination de père de famille, même quand il n'en est fait aucune mention dans l'acte d'aliénation des héritages, pourvu, toutefois que cet acte ne contienne rien qui soit contraire à son maintien. Supposons maintenant qu'on ait stipulé dans cet acte, comme c'est d'ailleurs la coutume, que l'immeuble est aliéné, franc et libre de toutes servitudes ou charges quelconques. Doit-on décider dans ce cas que malgré cette clause la servitude n'en continuera pas moins d'exister ? ou en d'autres termes est il nécessaire de stipuler expressément l'extinction de cette servitude ?

Les auteurs qui répondent affirmativement à cette question, ont l'habitude d'alléguer que cette clause ne s'applique qu'aux servitudes qui ont besoin d'être stipulées expressément. Que si l'on permettait aussi facilement l'extinction de ces servitudes, on causerait souvent de grandes injustices, et que le vendeur, ou le disposant se trouverait, dans ce cas, réduit à stipuler expressément les servitudes par destination, ce que la loi n'exige pas ; que l'acquéreur a toutes les chances d'examiner l'immeuble avant l'aliénation, et de demander la suppression de tout ce qu'il y trouverait contraire à ses droits ; qu'enfin tout acte de vente contient la clause que l'acheteur a visité l'héritage et s'en trouve content et satisfait. Il est donc présumé avoir voulu l'acheter dans son état actuel, avec toutes les servitudes qui ressortent de sa position.

On cite aussi à l'appui de cette doctrine un arrêt de la Cour de Cassation en date du 2 Février 1825 par lequel il a été décidé que " lorsque le propriétaire de deux maisons en a vendu " une avec la clause générale d'affranchissement de toute " servitude, cette clause générale ne suffit pas pour affranchir

" la maison vendue de la charge d'une servitude apparente " qui existait avant la vente, au profit de l'autre maison. L'af- " franchissement de la servitude ne peut résulter, en ce cas " que d'une stipulation expresse." (Voir Sirey, année 1825 I, p. 34.)

Demolombe (Servitudes No. 825), décide la question dans le même sens, quoiqu'avec quelque réserve. Il dit : " C'est " là une question d'interprétation sur laquelle les faits et les " circonstances peuvent exercer beaucoup d'influence et à la- " quelle on ne saurait donner, *a priori*, une solution absolue. " Nous croirions toutefois, ainsi que l'a jugé la Cour de Cas- " sation, qu'en règle générale ces mots de notre article, *au-* " *cune convention relative à la servitude*, doivent s'entendre " d'une convention spéciale, et que ce n'est qu'à l'aide d'une " stipulation qui ait trait à cette servitude qu'on peut obtenir " l'effet grave de changer l'état des lieux."

Voici les arguments sur lesquels s'appuie l'opinion contraire.

1o. Quoique les servitudes par destination de père de famille, n'aient pas besoin d'être stipulées expressément, on ne doit pas dire pour cela, que leur extinction ne peut résulter que d'une convention formelle. En effet les règles concernant l'affranchissement d'une obligation sont moins strictes que celles qui se rapportent à sa contractation. D'ailleurs il est de principe que les obligations s'éteignent de la même manière qu'elles ont été contractées : *Nihil t am naturale est, quæque eodem modo dissolvi quo colligata sunt.* Or les servitudes par destination de père de famille se contractent, comme nous l'avons déjà dit en vertu d'une stipulation tacite. Donc leur extinction n'a pas besoin d'être l'objet d'une convention expresse et spéciale.

2o. Les servitudes par destination de père de famille ne peuvent être réclamées qu'à défaut de titre, or la clause d'affranchissement de toutes charges ou servitudes est un titre et un titre contraire. Donc cette clause serait contraire à leur maintien. Cette doctrine a été confirmée par un arrêt de la

Cour de Cassation en date du 5 Avril 1836. (Voir Solon, Servitudes No. 383).

3o. La Cour de Cassation a vu dans l'espèce du 2 Février 1825, une simple question d'interprétation d'un contrat; et elle a jugé *en fait* et non *en droit.* Donc, dit-on, cet arrêt ne peut être invoqué à l'appui de la doctrine qu'elle semble énoncer.

Solon (Servitudes No. 392) est de la même opinion. " Nous " pensons," dit-il. " que c'est bien mal à propos qu'il a été " décidé que lorsque le propriétaire de deux maisons conti- " gües, en avait vendu une avec réserve que celle qui lui res- " tait serait affranchie de toute servitude, la servitude ne " resterait pas moins si elle était apparente et si elle n'avait pas " été nommément supprimée. Pourquoi une pareille rigueur? " Quelle est la loi qui exige, pour l'extinction d'une servitude, " des termes solennels ? Quelle est la loi qui permet de main- " tenir une servitude au mépris des conventions ayant pour " objet de la faire cesser ?...... Nous aurions eu bien de la " peine à concevoir l'arrêt ci-dessus, et il nous aurait paru " inexplicable, si on ne remarquait, en lisant l'espèce sur la- " quelle il a été rendue, que la Cour a vu dans le procès une " question d'interprétation du contrat, et qu'elle a jugé *en fait* " et non *en droit* ; dès lors en jugeant ainsi elle n'a voulu " qu'énoncer le principe dont elle a plus tard reconnu la jus- " tesse, que la destination de père de famille ne réglait le " sort et l'étendue d'une servitude qu'à défaut de titre (voir " l'arrêt du 5 Avril 1836.").

Cette question est bien sérieuse, et les arguments de part et d'autre méritent bien l'attention du lecteur. La plupart des auteurs semblent être d'avis qu'il faudrait stipuler expressément l'extinction de ces servitudes. Les raisons apportées à l'appui de la proposition contraire sont peut-être un peu subtiles, mais il faut bien avouer qu'elles sont plus en conformité aux principes du droit strict, *strictissimi juris.* Nos tribunaux n'ont pas, que je sache, décidé cette question d'une manière ou de l'autre, et elle appartient encore au domaine de la discussion. Je me suis contenté d'exposer les divers argu-

guments qu'on a coutume de faire sur cette question, et je laisse au lecteur, le soin d'en tirer les conclusions.

Ma tache est maintenant terminée. Mon travail est sans doute bien imparfait, et ne peut être considéré que comme une ébauche de l'important sujet que j'ai entrepris de traiter. Cependant je serai trop heureux si j'ai réussi à démontrer que notre droit offre encore une mine inépuisable à celui qui veut l'approfondir, et que, loin d'être condamné à rester stationnaire, il continuera toujours à progresser et à se développer, et pourra bientôt se ranger parmi les meilleurs systèmes qui régissent l'humanité.

P. B. MIGNAULT, Avocat.

CODIFICATION DES LOIS CRIMINELLES.

Le Rapport des Commissaires nommés pour codifier les Statuts du Bas-Canada en matière civile, dont nous publions aujourd'hui la fin, nous engage à parler de la Codification des Statuts criminels dont la refonte est aussi devenue nécessaire. Nous reproduisons à cette fin, une Adresse de l'Honorable Juge Loranger, aux Grands Jurés du District de Richelieu, prononcée aux assises criminelles du mois de juillet 1874, qui traite de ce sujet.

MESSIEURS DU GRAND JURY,

Chaque assise criminelle renouvelle la convocation de cette magistrature populaire, fameuse à plus d'un titre, dont vous êtes les membres et qui s'appelle le Jury. L'institution du Jury se perd dans la nuit des temps juridiques, et la preuve de son excellence se trouve dans son adoption presque universelle par les peuples civilisés. Les nations dont le régime judiciaire, il n'y a pas un siècle, semblait le plus hostile aux principes de cette juridiction, lui ont ouvert leurs tribunaux, le Jury paraît avoir dans le monde entier suivi la marche des libertés politiques, et être le compagnon obligé de la liberté civile.

En Canada, où nous l'avons reçu de l'Angleterre comme une partie de notre droit public, et le complément de nos droits constitutionnels, son utilité en matière criminelle n'a jamais été mise en question. L'on a cependant quelquefois soulevé un doute sur la nécessité des fonctions du Grand Jury comme Corps d'Enquête préliminaire ou Chambre de mise en accusation. Pour moi, je ne puis m'associer à la discussion, encore moins à la critique sur ce point. La procédure par Jurés,

dont un magistrat français, Henrion de Pensay, qui vivait à une époque où elle était inconnue en France, disait déjà qu'elle était " un frein pour le crime, une sécurité pour l'innocence, " et une garantie pour la société entière," la procédure par Jurés dis-je, telle que reconnue par la loi criminelle anglaise, qui est la première qui l'a inaugurée, repose sur la maxime fondamentale que nul homme ne peut être molesté dans sa personne ou sa liberté, sans l'assentiment de vingt-quatre de ses *pairs*, *pares*, ses égaux, habitant le même lieu que l'accusé. (1) Cette procédure s'enchaîne et fait un tout dont on briserait l'harmonie en détruisant un de ses rouages, le premier dans l'ordre du procès. En effet personne ne peut être soumis à l'épreuve d'un procès criminel, sans qu'un tribunal compétent prononce sa mise en accusation. Or si on laisse au magistrat ordinaire cette mise en accusation, pourquoi ne pas lui laisser également le jugement sur le mérite de l'accusation même ! A quoi bon cette juridiction mixte, dans une matière où l'on a voulu tempérer l'absolutisme de la loi appliquée rigoureusement par les tribunaux réguliers, par l'action d'un tribunal populaire, qui reconnait plus particulièrement comme loi celle qui est écrite dans la conscience, et sanctionnée en dehors des dictées absolues du droit positif, par le sentiment public ?

Le Grand Jury offre à la société un autre avantage. Ce n'est pas seulement un corps d'Enquête judiciaire, prononçant sur les accusations particulières qui lui sont soumises, mais c'est aussi un corps d'Enquête publique revêtu par la loi du droit de s'occuper des réformes sociales, soit dans les mœurs publiques soit dans la législation. Les abus dans l'administration de la justice, et les réformes dans la législation criminelle sont surtout sous son contrôle particulier et sous sa surveillance immédiate. Le Juge qui préside le tribunal criminel signale d'ordinaire aux Grands Jurés les abus à réprimer et les réformes à opérer. Le Grand Jury s'il fait un accueil favorable à l'opinion du Juge, se fait l'écho de ses plaintes et l'inter-

(1) Originairement les Jurés en Angleterre étaient tirés du même lieu *Hundreds*, que l'accusé.

prète de ses conseils dans une adresse qu'il présente au tribunal à la fin de ses délibérations, et que de l'anglais on appelle *presentation*, *presentment;* j'aimerais à pouvoir dire *Representations.* C'est aux représentations des Grands Jurés que plusieurs réformes ont dû leur origine en Angleterre, et quoique moins fréquentes, elles ont toujours été en usage en ce pays.

C'est de cette collaboration judiciaire entre la Cour et les Jurés que je veux profiter, pour vous signaler dans l'administration de la justice criminelle, une réforme que je crois sinon indispensable du moins hautement utile, et sur laquelle je désire attirer en même temps, l'attention du public et surtout de la législature fédérale, chargée par la constitution de la Législation criminelle. Je veux parler de la codification des lois criminelles et de la procédure criminelle.

Le Bas-Canada offre au monde le spectacle presque unique du moins rarement répété, de deux races d'origine, de mœurs' et de religions différentes, restées étrangères dans leur passé historique quand elles n'ont pas été ennemies, oubliant sur le sol fécondé par leurs sueurs communes, enrichi par le même commerce et doté des mêmes institutions publiques, les luttes séculaires de leurs aïeux et sous l'empire des mêmes lois empruntées par parties distinctes à leurs lois nationales, vivant dans une paix fraternelle. Je veux parler des lois françaises régissant le pays en matière civile et des lois anglaises qui le gouvernent en matière criminelle. Les lois civiles de la France furent conservées au pays devenu partie de l'Empire Britannique, et quelques années plus tard l'Angleterre le *dotait* de ses lois criminelles. J'emploie à dessein ce mot dans son acception la plus favorable, car si les lois françaises eurent sur le développement des institutions et la prospérité du Bas-Canada l'influence la plus heureuse, ce que tout le monde admet, la substitution des lois criminelles de l'Angleterre, lois de sang dans l'origine comme toutes les lois criminelles de l'Europe, enfantées au moyen-âge, mais tempérées par le droit canonique et humanisées par l'action bienfaisante des tribunaux, comme le droit civil de Rome l'avait été par le droit prétorien, leur substitution dis-je, aux lois criminelles encore

cruelles de la France, fut dans l'ordre judiciaire un perfectionnement qui en assurant la liberté personnelle, consolida les libertés publiques.

Cependant le droit français étranger aux notions juridiques de la race anglaise et rompant à plusieurs égards avec ses traditions légales, écrit surtout dans un idiôme étranger, accessible à un nombre fort restreint d'hommes de loi, resta longtemps inconnu des masses, et l'on peut dire même que ce n'est que depuis la promulgation du Code Civil qu'il a commencé à se populariser. Les préférences de cette race furent toujours pour le droit anglais qui lui était plus homogène, surtout le droit criminel.

Un résultat de même nature s'est manifesté chez la race française par rapport au droit criminel. Les principes de ce droit n'ayant aucune similitude avec les usages qui l'avaient régie en cette matière, ignorant la langue dans laquelle les précédents qui font le droit commun étaient écrits, éloignée de son étude par son formalisme et la bizarrerie de ses termes techniques, quoique pénétrée de sa grande humanité, elle témoigna une très-grande indifférence à s'en instruire. La pratique de ce droit était restée presque l'apanage exclusif, du moins quant à la poursuite, du barreau anglais, à telle enseigne, que jusqu'à une période qui ne remonte pas à trente ans, nul avocat français n'avait occupé dans les Cours criminelles par la Couronne, que nul acte d'accusation n'avait été dressé en français jusqu'à 1858, époque où ce droit incontestable, reconnu par Statut fut cependant vivement contesté. De fait, jusqu'à la décentralisation judiciaire en 1857, le droit criminel était resté je pourrais dire, à l'état de science mystérieuse, pour la race française du Bas-Canada.

La décentralisation de 1857 ouvrit une carrière nouvelle à la science légale, et lui découvrit de nouveaux horizons judiciaires. Un tribunal criminel ayant été érigé dans chaque nouveau District, la pratique criminelle devint le partage des barreaux qui y étaient établis, barreaux en très-grande partie composés de membres français, et la poursuite pour la Couronne comme la défense tombèrent en leurs mains. L'on peut

dire qu'ils y montrèrent une aptitude remarquable, et qu'ils ont oublié pour ce droit leur antipathie traditionnelle. Le sentier aujourd'hui tracé par eux et pour eux, est ouvert à tous, mais pour tous et surtout pour ceux qui n'ont pas de la langue anglaise une connaissance parfaite, on peut dire qu'il est encore difficile, on pourrait même dire hérissé d'obstacles presque insurmontables.

Ce qui manque au droit criminel c'est d'être un droit écrit. Naturellement je veux parler du droit commun. Nous avons bien des traités sur ce droit faits par des juristes anglais éminents, mais leurs écrits n'ont qu'une autorité de doctrine, fondée sur des précédents, controversée comme ces précédents même, et mobile comme les faits qui les ont motivés. Nous avons bien aussi quelques bribes de Statuts Impériaux et notre propre législation statutaire. Mais cette législation verbeuse, incohérente, souvent inintelligible et quelquefois contradictoire, aurait besoin d'une refonte comlète.

Voilà pour le fond du droit. Pour la procédure c'est pire encore si possible. C'est un dédale où les plus savants ne se retrouvent pas toujours et où les ignorants se perdent infailliblement. Ici encore nos Statuts n'ont pas réussi à en redresser les détours. La pratique peut sans doute jusqu'à un certain point suppléer à la théorie, mais une science qui ne s'acquiert que par la pratique et un long usage, ne sera jamais qu'une science aride et sans utilité ; elle restera toujours une lettre morte. Elle n'aura certainement jamais l'actualité sociale, qu'à bon droit l'on demande à la science des lois criminelles comme à celle des lois civiles. Faite pour tous les hommes et pour les contenir tous dans les bornes de la morale et de l'honnêteté par des peines criminelles, qui sont la sanction de ses prohibitions, la loi criminelle comme la loi civile doit être connue de tous, et comme la loi civile elle ne se popularisera jamais sans codification.

J'ai touché le point où je voulais en venir, car mon objet, Messieurs les Grands Jurés, est comme je vous l'ai dit, de vous entretenir et d'appeler l'attention publique sur la nécessité de codifier les lois criminelles et les lois de procédure criminelle

Pourquoi ne ferions-nous pas pour ce droit et cette procédure ce que nous avons fait avec succès, pour le droit civil et la procédure civile ? La chose fut faite en France dans les années qui suivirent la promulgation du Code Napoléon. Elle a été tentée en Angleterre et souvent elle a été près d'atteindre le succès, mais la persistance des traditions routinières, ennemies de toute innovation, ont fait échouer le projet.

Nous ne sommes pas ici empêchés par les répulsions de ce conservatisme exagéré. Rien de plus facile que la confection de ces Codes, qui ne demanderait guère qu'un travail de coordination, et quant aux dépenses, elles ne peuvent qu'être minimes en proportion des avantages de l'œuvre, qui par rapport à la race française, se trouvera dans des conditions d'utilité analogues à celles où se sont trouvés les Codes Civil et de Procédure Civile pour la race anglaise, et pour les deux races, dans les mêmes conditions d'utilité générale.

En éveillant l'attention du public par votre intermédiaire sur ce sujet, ce n'est pas que je me flatte d'un prompt succès ou d'un succès personnel quelconque. Je sais combien les réformes, même les plus essentielles, sont lentes à s'accomplir, et combien est lourd à mouvoir la machine législative sur semblables sujets. Mais dans un pays comme le nôtre, les mesures vraiment utiles doivent avoir leur jour de triomphe ; il ne s'agit que d'agiter l'opinion publique en leur faveur. Agitons donc la question de Codification des lois criminelles, car c'est une mesure non-seulement utile, mais indispensable au point de vue de la vraie intelligence et de la saine pratique de ces lois. Notre vœu peut n'avoir qu'un faible écho, mais répété par le sentiment public cet écho peut grandir, et éveiller l'attention favorable des législateurs.

La Rédaction.

DISCOURS PRONONCÉ PAR L'HONORABLE JUGE JETTÉ

AU CABINET DE LECTURE PAROISSIAL LE 1ER OCTOBRE 1879.

Les Parlements français ces corps distingués, revêtus du pouvoir judiciaire, et dans une certaine mesure de l'autorité législative, ont dans l'ordre politique joué un rôle remarquable, et laissé de grandes traditions dans l'histoire judiciaire de la France. Tout ce qui touche à ces tribunaux souverains est d'un grand intérêt légal, surtout dans le Bas-Canada dont le Conseil Supérieur organisé sur leur modèle, occupait autant que la condition du pays le permettait, leur rang dans la Colonie et exercait leurs fonctions. A la tête de ces Parlements se trouvait celui de Paris. Bien que dans l'origine doué de la même juridiction et revêtu des mêmes pouvoirs que les autres, le Parlement de Paris, à cause des grands événements qui s'y sont accomplis, de l'influence qu'il a exercée sur la politique de la France et de son droit d'appel sur tous les tribunaux du Royaume, leur est resté bien supérieur.

C'est de l'organisation de ce dernier Parlement, que l'Honorable Juge Jetté, Professeur de Droit Civil à l'Université Laval, a, avec autant de verve et de pureté de style que d'érudition, entretenu l'auditoire nombreux et distingué qui assistait le premier Octobre dernier, à la séance d'inauguration de l'année académique de 1879-1880.

Nous publions son discours avec bien du plaisir.

T. J. J. LORANGER.

M. LE MAIRE, M. LE RECTEUR, MESDAMES ET MESSIEURS,

En acceptant l'invitation qui vous est faite d'assister à ces réunions universitaires, qui marquent chaque année le commencement et la fin de nos travaux, vous nous donnez le plus éclatant témoignage de l'intérêt que vous portez au succès de notre œuvre et de votre haute appréciation de ces sciences si

nobles et si élevées, qui font l'objet de nos études et de notre enseignement.

Vous avez cependant compris, mesdames et messieurs, que ces graves réunions ne pouvaient vous offrir l'attrait de ces brillantes causeries littéraires auxquelles vous avez eu si souvent l'avantage d'assister, et malgré cela vous êtes venus, et vous savez nous pardonner, vous surtout mesdames, (à qui nous voudrions cependant toujours plaire) vous savez nous pardonner, dis-je, si ce vaste champ que nous cultivons ne produit que de plantureuses moissons et pas la moindre fleur dont le parfum puisse exprimer l'hommage délicat qui vous est dû.

Mais si votre présence ici témoigne de votre dévouement pour la science, il n'y a cependant là, mesdames, rien qui doive nous surprendre, puisque l'histoire nous enseigne, à chaque page, que la femme est capable de tous les héroïsmes. Et si tout en admettant ce que je constate ainsi, en thèse générale, vous étiez cependant tentées de faire une exception pour la science du droit, et de douter que jamais une femme ait eu le courage de dévouer sa vie à cette étude, je pourrais vous citer l'exemple de Mademoiselle de Lézardière, qui s'est enfermée pendant trente ans dans une campagne de France pour étudier les lois barbares et en compiler un livre, prodigieux de savoir et d'érudition !

Ce serait donc vous faire gratuitement injure, mesdames, que d'éviter à dessein de traiter devant vous quelqu'un de ces sujets sérieux dont vous comprenez si bien l'importance ; et si j'ajoute que je n'abuserai pas de votre bienveillance, je suis certain de mériter et d'obtenir votre entière approbation.

I

C'est une date importante dans l'histoire de notre pays que celle de l'année 1663. La compagnie des cent associés n'ayant pas réussi à procurer à la Nouvelle-France les avantages et la prospérité que l'on attendait de son administration, Louis XIV décida de reprendre le gouvernement de la colonie. Sur la recommandation de Monsieur d'Avaugour, alors gouverneur,



la compagnie des Cent Associés fut dissoute, et Colbert, ce grand ministre du grand roi, fit subir à l'organisation intérieure de la colonie une transformation complète. Comme un des principaux sujets de plainte des habitants du pays, était l'absence d'un système judiciaire ayant une autorité reconnue et acceptée, un des changements les plus importants opérés par Colbert fut la création du *Conseil Souverain* de Québec.

Le plus autorisé de nos historiens, Garneau, affirme que ce conseil fut créé à l'image du parlement de Paris, et c'est une opinion qui semble partagée par bon nombre de nos jurisconsultes et de nos écrivains, que les attributions de ce conseil se rapprochaient, autant que les circonstances de notre pays pouvaient le permettre, de celles du plus illustre des Parlements de France.

D'aucuns ont cependant contesté cette opinion, indiqué la différence qui existait en France, entre un Parlement et un Conseil souverain, et enfin, s'appuyant sur l'édit d'avril 1663, ont soutenu que les pouvoirs qui y sont énumérés restent bien en deça de ceux possédés par le Parlement de Paris.

Sans vouloir discuter et approfondir ici la question ainsi soulevée, il m'a semblé que ce serait jeter un peu de lumière sur cette discussion, que de vous dire quelques mots de ce Parlement de Paris, qui tient une si large place, non-seulement dans l'histoire du Droit français, mais encore dans l'histoire politique de notre ancienne mère patrie.

II

Le désir de rendre bonne et prompte justice à leurs sujets, a été, depuis les temps les plus reculés de la monarchie française, comme une qualité traditionnelle de cette longue suite de rois qui ont occupé le trône de France :

" Les meilleurs de nos rois, dit Loyseau, dans son traité des " Seigneuries (ch. 2, No. 9), sont remarquables surtout en cela, " qu'il voulaient que dans leurs états, la puissance publique " fut exercée *par justice et non à discrétion*."

Aussi voit-on, dès les premiers temps, les souverains français préoccupés de l'accomplissement de ce devoir de justice

qui, pour emprunter le style de Colbert, " est comme le prin-" cipe et un préalable absolument nécessaire pour bien admi-" nistrer les affaires et assurer le gouvernement dont la solidité " dépend autant de la manutention des lois et des ordon-" nances, que de la force des armes."

Sous la première et la seconde race, il se tenait chaque année une grande assemblée nationale, où se débattaient toutes les affaires qui intéressaient le royaume. Ces réunions, qui se tenaient le 1er mars, sous les Mérovingiens, d'où leur vint le nom de Champ-de-Mars, et au 1er Mai, sous les Carlovingiens, ce qui les fit appeler Champ-de-Mai, étaient à la fois politiques, militaires et judiciaires. On y votait les lois, on y décidait les campagnes à entreprendre et on y rendait la justice ; c'était la *Cour du Roi.* Le souverain y siégeait en personne, trouvant qu'il n'avait pas de devoir plus digne et plus noble à remplir, et on le voit, pendant les premiers siècles, toujours accessible aux plaideurs qui réclamaient son intervention. A l'entrée et aux abords des demeures royales se tenaient constamment des délégués, chargés d'entendre les plaintes des sujets et de leur rendre justice, ou dans les cas graves d'en référer au souverain. C'était ce que l'on appelait les *plaids* de la porte.

" Joinville, dans la vie de St. Louis, dit que ce prince avait " coutume de le charger, avec les sieurs de Nesles et de Sois-" sons, d'aller ouïr les *plaids* de la porte, qu'ensuite il les en-" voyait quérir et leur demandait s'il y en avait aucuns qu'on " ne pût dépêcher sans lui, et que plusieurs fois, selon leur " rapport, il faisait venir les plaidoyeurs, et les contentait en " les mettant en raison et droiture."

Les traces profondes laissées par cette organisation primitive de la justice, chez les deux peuples dont les institutions, bien qu'essentiellement différentes maintenant, remontent cependant dans bien des cas à la même source, le peuple anglais et le peuple français, sont encore faciles à observer aujourd'hui. Aussi est-ce une des choses qui m'ont le plus frappé, en Angleterre, que de voir encore maintenant, la plupart des tribunaux logés à l'*entrée* et comme aux abords de ce palais de West-

minster où siége le Parlement, et y rendant la justice au nom du souverain ; véritables *plaids* de la porte, comme au temps de St. Louis et de Philippe-Auguste.

III

Les historiens emploient souvent pour désigner ces réunions annuelles des principaux du royaume, aux premiers temps de la monarchie française le mot *Parlement*, parce que l'on y débattait les affaires de la nation.

Le Parlement, dit Desmaze (Parlement de Paris, p. 3), fut d'abord un corps militaire, aristocratique avant de devenir un corps judiciaire et politique ; mais comme l'activité des gens de guerre s'accommodait mal avec le calme des décisions de la justice, ils furent remplacés dès le 7ième siècle, par des magistrats permanents. Ce fut comme le signal de l'envahissement des tribunaux, (où n'avaient siégé jusque-là que les nobles), par la classe plébéienne.

" Les légistes, appelés par les rois ou par les seigneurs, " inférieurs en rang et en nombre, puisqu'ils se tenaient sur " le marchepied du banc, où les pairs et les barons siégeaient, " afin que ces derniers pussent sans se déplacer, prendre leurs " conseils, devinrent bientôt les maîtres du terrain. Consultés " par les rois, par les papes, par les comtes, ils furent les véri- " tables arbitres des plus hautes questions."

Mais cette transformation ne s'accomplit pas en un jour, et tout en étant abandonné peu à peu par les nobles aux plébéiens, le parlement né de ces réunions nationales, où se traitaient dans les premiers temps de la monarchie, toutes les affaires du royaume, conservait cependant les attributions politiques, financières et administratives, qui semblaient pour ainsi dire inhérentes à son organisation. Ce fut Philippe-le-Bel qui, le premier, reconnut la nécessité de retirer au parlement ces attributions trop considérables et de le renfermer dans sa compétence judiciaire. Par son ordonnance de 1302, il attribua les *fonctions publiques* au grand conseil, les fonctions de la *comptabilité* à la Cour des Comptes, et enfin les *fonctions judiciaires* à la Cour du Parlement. (Desmaze, p. 11).

Le Parlement était donc ramené par cette ordonnance à ses fonctions purement judiciaires ; mais on le verra bientôt, profitant des nécessités des temps et des circonstanees, reconquérir graduellement, par la force de caractère de ses magistrats, la plus grande partie des pouvoirs qu'il avait ainsi perdus.

Quoiqu'il en soit, son organisation prit alors sa forme à peu près définitive, modifiée seulement ensuite dans les détails et pour satisfaire aux besoins nouveaux.

Le Parlement de Paris à l'époque où son organisation fut complète, était divisé en sept chambres.

On avait d'abord établi :

1o. *La grande Chambre*,

2o. La Chambre des Enquêtes,

3o. La Chambre des Requêtes.

On ajouta plus tard à ces trois chambres :

4o. La Tournelle Criminelle,

5o. La Tournelle Civile,

6o. La Chambre des Vacations,

7o. La Chambre de la Marée.

Il y eût même d'autres Chambres, mais qui ne furent pas conservées.

1o. *La grande Chambre* était composée :

D'un premier Président,

De neuf Présidents à mortier,

De 25 conseillers laïques,

De 12 conseillers ecclésiastiques ;

Soit 47 en tout ; mais si on ajoute à ce nombre celui des membres des autres chambres, on a un total de 130 juges.

Ce nom de Président à mortier, donné à quelques-uns de ces juges venait de la coiffure que portaient ces magistrats. Le mortier était un espèce de bonnet rond, en velours noir bordé de galon d'or. C'était la coiffure à l'usage du clergé et des gradués sous Philippe-le-Bel.

Les Conseillers ecclésiastiques ou clercs ne siégeaient jamais en matière criminelle.

La grande Chambre avait deux sessions par année, ou comme on disait alors, deux services.

Le service d'hiver : de la St. Martin à Pâques.

Le service d'été : de Pâques au 7 septembre.

C'était à la grande Chambre que le roi tenait son *lit de justice*. Pour cette solennité le Parlement siégeait toutes Chambres réunies.

Cette Chambre recevait les communications de la Cour du Parlement, les lois, les informations, les grâces accordées par le souverain.

Elle jugeait :

Les appels en matière civile,

Les procès des pairs de France,

Les contestations sur les droits de la Couronne,

Le crime de lèse-majesté au premier chef.

Les *appels comme d'abus* étaient, suivant leur nature, déférés soit à la Tournelle, soit à la grande Chambre.

2o. *La Chambre des Enquêtes :*

Jugeait les procès par écrit, déjà réglés en première instance ou qui n'avaient pas pu être soumis à la grande Chambre ; aussi les délits qui n'entraînaient pas de peines afflictives.

3o. *La Chambre des Requêtes.*

La fonction de Maître des Requêtes consistait à répondre aux Requêtes adressées au Parlement. Il y avait deux maîtres des Requêtes, un ecclésiastique et un laïque, qui devaient tenir séance chaque jour. Ils ne décidaient pas, mais renvoyaient simplement à la juridiction du Parlement qui devait en connaître.

4o. *La Tournelle Criminelle*, ou simplement la Tournelle, jugeait tous les procès criminels dans lesquels pouvaient s'appliquer des peines corporelles et infâmantes.

Les magistrats siégeaient dans cette Chambre à tour de rôle, les uns pendant six mois, les autres pendant trois mois, et on prétend que c'est ce *roulement* ou *tour*, qui s'opérait dans sa composition qui fit donner à cette chambre le nom de *Tournelle*. D'autres l'attribuent à la tour du palais de justice, où elle siégeait.

5o. La *Tournelle Civile* ne fut instituée qu'à raison de la multiplicité des procès. Etablie pour un an, elle subsista pen-

dant 22 ans. Elle ne jugeait que les affaires s'élevant à un chiffre déterminé.

6o. *La Chambre des Vacations*, était instituée, comme son nom l'indique, pour suppléer à l'absence des autres. Elle était constituée tous les ans, et elle siégeait pendant les vacances.

7o. *La Chambre de la Marée* était plutôt une commission du Parlement qu'une Chambre proprement dite.

Elle exerçait la haute police sur le commerce de poisson de la ville de Paris.

Le Parquet.

Il y avait dans la salle des séances de la grande Chambre, un espace entouré de boiseries ornées de fleurs de lys ; cet espace se nommait le Parquet.

Les Princes du sang et les Présidents pouvaient seuls traverser cet endroit pour se rendre à leurs siéges. Les autres magistrats devaient se rendre directement du vestiaire à leurs places.

Dans cette Chambre avait lieu une séance nommée *Parquet*, pour expédier les affaires de moindre importance, surtout celles de procédure ; ainsi les ventes judiciaires, les incidents sur les licitations, etc. Un président avec un seul conseiller, tenaient ces séances.

Les audiences de la grande Chambre commençaient à six heures du matin et duraient jusqu'à dix heures. En carême, elles duraient une heure plus tard, parce que les magistrats assistaient au sermon.

Généralement à huit heures l'audience était suspendue pendant une demi-heure, pour le déjeûner, mais les affaires criminelles devaient toujours être jugées avant la suspension.

D'après les Capitulaires, le juge sur son siége, devait toujours être à jeun.

Les anciennes ordonnances défendaient aussi aux juges de *dormir* et de *causer* aux audiences.

Ce ne doit donc pas être à cette époque qu'a été prononcé ce mot d'un huissier audiencier, à qui on demandait un matin s'il avait bien dormi : " Parfaitement, dit-il, j'ai dormi du sommeil du Juge ! "

Le mercredi et le samedi la grande Chambrè siégeait à *huis clos* pour l'*enrégistrement* des *Edits Royaux*, l'examen des difficultés sur l'exécution des jugements et les oppositions à mariages.

Ces séances du mercredi, et surtout celles du premier mercredi après la St. Martin et après Pâques, étaient souvent consacrées aussi aux matières de discipline.

L'avocat-général, ou le procureur-général, y faisait un discours sur les abus qui pouvaient s'être glissés dans la discipline de la Cour elle-même. Ces harangues étaient très-sévères, et le procureur-général ne se gênait pas de dire aux juges en quoi ils avaient manqué ; aussi les magistrats avaient-ils peu de goût pour ces séances du mercredi.

C'est du nom du jour de la semaine où avaient lieu ces séances, (mercredi de Mercure), que vint le nom de *mercuriales*, que l'on donna ensuite au discours même que prononçait le procureur-général en cette circonstance et ce mot est resté, dans notre langue, comme synonyme de *réprimande.*

La discipline, l'ordre et la bonne tenue des Cours, la conduite même des magistrats, étaient soumis à de nombreux règlements. Il semble que l'on avait tout prévu et tout réprimé ; ainsi pour ne citer que quelques exemples, il était défendu, pour empêcher le bruit pendant les audiences, à tous ceux qui exerçaient des professions à marteau, comme les forgerons, etc., de s'établir dans le voisinage du palais de justice ; il n'était pas permis aux clercs des avocats de faire leurs écritures en cour, etc.

La vie des anciens magistrats était d'une extrême simplicité, mais grâce au luxe qui s'introduisait partout, quelques-uns finirent par renoncer aux austères habitudes d'autrefois et prendre les mœurs de la société où ils vivaient. Ils s'exposèrent par là aux plus sévères réprimandes ; ainsi le Chancelier Letellier écrivait au présidial de Châlons : (1681)

" Messieurs, le roi ayant été averti que vous allez au Palais
" tous les jours, autres que ceux d'audience, avec des *cra-*
" *vates*, *habits gris et la canne à la main*, Sa Majesté m'a com-
" mandé *de vous ordonner de changer de conduite* en cela, et de

" *garder la décence* qui est convenable à des magistrats. A " faute de quoi, elle sera obligée d'y pourvoir." (Desmaze, page 204).

Cependant les ordonnances n'étaient pas toujours respectées, et malgré celle qui défendait aux juges de *dormir* et de *causer* aux audiences, le Président du Harlay, fut un jour obligé d'adresser à ses collègues, cette apostrophe méritée, parait-*il* : " Si ces messieurs qui *causent* ne faisaient pas plus de bruit " que ces messieurs qui *dorment*, cela accommoderait fort ceux " de ces messieurs qui *écoutent !* "

Mes confrères du barreau ne me pardonneraient pas si j'oubliais de parler des vacances. L'origine en remonte à la loi romaine. Instituées d'abord dans l'intérêt des plaideurs, on les maintint plus tard dans l'intérêt des juges. Elles commençaient le 8 septembre et se terminaient le 11 novembre. Ce jour-là avait lieu la rentrée qui était solennelle. Tous les magistrats et le barreau assistaient à la Messe du St. Esprit ; puis les avocats et procureurs renouvelaient leurs serments. Le premier Président et un des avocats-généraux faisaient ensuite chacun un discours aux avocats, puis avait lieu le dîner de la St. Martin, auquel assistait l'élite de la magistrature.

Mais je m'aperçois qu'il me faudrait manquer à la promesse que j'ai faite de ne pas abuser de votre bienveillance, pour vous donner ici une idée à peu près complète de l'organisation de ce grand corps judiciaire.

Je me hâte donc et je n'ajoute que quelques mots sur le rôle politique du Parlement.

IV

On sait quelle confusion était résultée du système féodal, quant à l'administration de la justice. La puissance publique étant divisée entre le seigneur et le roi, ceux-là comme celui-ci avaient voulu avoir leurs tribunaux et leurs juges. Il en était résulté des juridictions confuses et souvent opposées, des conflits regrettables et scandaleux, dont le pauvre justiciable était malheureusement toujours la victime.

Ce fut la préoccupation constante des rois, d'arriver à remédier à ce triste état de choses.

Le Parlement comprit, à une époque où cependant de telles idées étaient bien peu répandues, que ce morcellement de la puissance publique était des plus funestes à la grandeur et à la sécurité du royaume, et c'est un de ses meilleurs titres à l'approbation de l'histoire d'avoir constamment soutenu la royauté dans sa lutte pour la conquête de l'unité du pouvoir. " Pendant des siècles, dit Desmaze, la royauté et la magistra- " ture, marchèrent d'un même pas, vers le même but : la " grandeur de la France."

Ce ne fut que plus tard qu'éclatèrent les dissensions entre le roi et le Parlement, et nous allons voir maintenant, comment celui-ci avait réussi à conquérir un pouvoir et une autorité suffisante pour résister à celui-là.

Avant le 13ième siècle ; les arrêts du Parlement n'étaient pas rédigés par écrit. Il en résultait souvent que l'on se querellait sur la teneur de la sentence, et pour vider ce nouveau différend, il fallait encore recourir au tribunal qui, après enquête et plaidoierie prononçait un autre jugement pour rappeler ce qu'il avait déjà déclaré. Ces nouveaux arrêts s'appelaient *recordata.*

C'est à partir du 13ième siècle seulement que les jugements furent écrits ; mais comme tous ceux qui dans ces temps-là, voulaient se livrer à l'étude, étaient forcés d'apprendre le latin, qui était en réalité la véritable langue des clercs et des jurisconsultes, les jugements étaient naturellement rédigés en cette langue. Cependant le latin de cette époque n'était pas toujours celui de Cicéron, et en 1539, le langage judiciaire était déplorable. François Ier enjoignit, par son ordonnance de Villers-Cotterets, de *prononcer*, *rédiger* et *enregistrer* les arrêts en français. (1) On ne doit donc pas être surpris si les

(1) Voici l'incident qui a donné lieu à cette ordonnance :

Devant les tribunaux français, les arrêts portent, *la cour a débouté et déboute* ; et lorsque les jugements se rendaient en latin, on disait en lan gage barbare, *debotavit et debotat* ; ce qui donna lieu à la plaisanterie d'un gentilhomme qui, étant interrogé par François 1er sur le succès d'un procès pour lequel il était venu en poste à Paris, répondit qu'immédiatement après son arrivée, *la cour l'avait débotté ;* le roi surpris d'une ma-

premiers recueils des arrêts du Parlement sont tous écrits en latin.

Ce fut Jean de Montluc, greffier civil du Parlement en 1257 qui, le premier eût l'idée de rassembler, pour son usage, les plus importants arrêts du Parlement. Telle fut l'origine des *Registres du Parlement.*

Les plus anciens de ces titres, rédigés par Montluc, s'appellent les *Olim*, parce que le 3ième volume commence par ces mots : " *Olim homines de Bayonâ* ", etc. A l'époque de la révolution la collection complète des registres du Parlement formait 800 volumes !

Voltaire, dans son siècle de Louis XIV, croit que c'est après que l'on eût constaté " la grande utilité que ces registres pro- " curaient, de pouvoir recourir aux lois anciennes, qu'est " venue la pensée que rien n'avait force de loi, de ce qui " n'y était, sur quoi les Parlements auraient fondé plus tard " toutes leurs prétentions."

C'est sous le règne de Charles VI que le Parlement commença à prétendre que les lois ne recevaient leur complète validité que par l'enregistrement ; et c'est à la fin du 15ième siècle que cet usage acquit enfin force de loi.

Au 16ième et au 17ième siècles, il était admis par tous les magistrats et les jurisconsultes, comme un des premiers principes de l'organisation judiciaire en France, que les ordonnances royales ne recevaient *leur force légale* et *exécutoire* que de leur enregistrement au Parlement.

Les rois eux-mêmes énoncèrent quelquefois ce principe dans leurs ordonnances. Le premier qui le fit fut Louis XI qui, en 1482 déclara : " que l'édit qu'il avait rendu sur les grains ne " pourrait être mis à exécution qu'après enregistrement pro- " visoire sur les Registres du Parlement."

Pour l'enregistrement d'une ordonnance ou d'un édit, le Parlement siégeait toutes Chambres réunies. Les lois n'étaient valables que dans le ressort du Parlement qui les avait enre-

nière si étrange de s'exprimer voulut que, dans la suite, les contrats, les testaments et les actes judiciaires se rédigeassent en langue française.

T. J. J. L.

gistrées. C'est pourquoi si elles concernaient toute la France, après avoir été enregistrées au Parlement de Paris, elles devaient l'être aux autres Parlements du royaume.

Qui ne voit combien était précieux et salutaire, dans une monarchie absolue, ce frein imposé aux volontés quelquefois arbitraires des souverains ? Aussi Machiavel, qui s'y connaissait, disait-il : " Le royaume de France ne demeure assuré " pour autre chose que parce que les rois y sont obligés à une " infinité de lois, où se trouve la sûreté de tous les peuples, " desquelles lois et ordonnances, les Parlements sont les gar- " diens et protecteurs."

Et Michel de Castelnau, autre bon juge, s'exprime ainsi : " Les édits ordinaires, n'ayant point force et n'étant approuvés " des autres magistrats, s'ils ne sont reçus et vérifiés ès dits " Parlements, ce qui est une règle d'état, par le moyen de " laquelle le roi ne pourrait quand il le voudrait, faire des " lois injustes, que bientôt après elles ne fussent rejetées."

Et il ajoute : " Le Parlement de Paris est une compagnie " illustre de 130 juges, suivis de 300 avocats et plus, qui ont " réputation, entre les peuples chrétiens, d'être les mieux en- " tendus aux lois humaines et au fait de la justice."

Et ce n'était pas seulement pour les ordonnances que l'enregistrement était requis, mais encore pour les traités avec les autres nations, pour les impôts demandés par le roi, etc., qui sans la sanction du Parlement étaient privés de toute exécution.

Ce pouvoir énorme, dont était investi le Parlement, ne fut sans doute pas toujours exercé avec sagesse, et ne fut pas non plus toujours respecté par les souverains. Car il ne faudrait pas croire que les rois de ce temps-là, semblables aux rois constitutionnels d'aujourd'hui, se contentaient de la formule consacrée : *le roi règne mais ne gouverne pas.*

Aussi l'histoire nous dit-elle, à chaque page, les luttes que soutint le Parlement contre l'autorité royale, surtout aux époques les plus troublées des derniers siècles de la monarchie. Fortement pénétré du rôle protecteur qui lui incombait, à ces époques désolées où la nation semblait être devenue la

proie des gouvernants, seul corps pouvant exercer un contrôle sur les affaires publiques, en l'absence des Etats-Généraux que l'on ne convoquait plus, le Parlement s'interposait héroïquement entre le peuple et le roi, sans crainte des disgrâces et de l'exil, qui punissaient si souvent ses résistances.

Et il faut le dire, à la gloire du Parlement de Paris, malgré qu'on puisse lui reprocher bien des fautes, il n'a, le plus souvent, fait usage de ce pouvoir si grand qu'il possédait que pour la protection de la nation dont il se voyait le seul défenseur ; luttant énergiquement contre les entreprises inconsidérées et irréfléchies des rois, gouvernés par leurs flatteurs, ou esclaves de leurs passions; imposant un frein salutaire à leurs excès d'autorité; dressant une digue souvent protectrice contre le flot toujours montant des impôts, qui dans les derniers temps de la monarchie écrasaient les populations découragées.

Mais les services immenses qu'il avait rendus ne suffirent pas pour le sauver aux jours de tempête. Dissous une première fois sous Louis XV, rétabli ensuite par Louis XVI, il fut définitivement supprimé au mois d'août 1790.

" A qui la France était-elle redevable de cette institution ? " se demande Henrion de Pansey. Au temps et aux circons- " tances. Elle n'aurait pas traversé tant de siècles si elle n'eût " été que l'ouvrage des hommes. Sortie pour ainsi dire d'elle- " même, des mœurs, des habitudes et de l'esprit général de la " nation, on pouvait dire d'elle : *Prolem sine matre creatam*."

" La France seule, dit M. Mignet (notices historiques, t. 2), a " possédé cette admirable magistrature des Parlements, qui a " été le clergé de la loi, dont la gravité a rehaussé notre ca- " ractère, dont les remontrances ont préparé nos institutions."

Tel a été, mesdames et messieurs, ce Parlement de Paris qui, par le savoir, la sagesse et les vertus de ses magistrats, a fait rejaillir sur la France une gloire aussi grande que celle conquise par les généraux et les capitaines de cette grande et chevaleresque nation.

LA THÉMIS

REVUE DE LÉGISLATION, DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE.

RÉDIGÉE PAR

L'HON. T. J. J. LORANGER.
B. A. T. de MONTIGNY, Avocat.
E. Lef. de BELLEFEUILLE, Avocat.
CHS. C. de LORIMIER, Avocat.
EDOUARD A. BEAUDRY, Notaire.
JOSEPH DESROSIERS, Avocat.

VOL. I. NOVEMBRE 1879. No. 10.

DU MARIAGE ET DU DIVORCE

L'acte de l'Amérique Britannique du Nord, a inauguré un système politique qui a été reçu avec joie de la majorité du pays. Nous ne nous en plaignons pas. Notre Canada, avec les espérances que lui a donné un progrès rapide, avait besoin de faire une étape et de passer de la tutelle à la curatelle de la mère patrie, et de se préparer à une émancipation volontaire par des alliances pleines d'avenir et de prospérité. Le bonheur du pays a été le but de nos Législateurs, et ils y parviendront, si les bases sur lesquelles est assise sa constitution sont appuyées sur les principes vrais, et qu'elles ne renferment pas dans leurs flancs des éléments qui tôt ou tard, doivent faire écrouler l'édifice élevé à grands frais et surtout avec un pur patriotisme. Les principes faux ne sont pas les seuls qui portent de mauvais fruits; l'interprétation qu'on donne aux lois font quelquefois découler de désastreuses conséquences pour les nations que gouvernent ces lois. Il est donc de la plus grande nécessité, pour tout citoyen, de prévenir les interprétations anti-sociales qui pourraient surgir d'une clause de notre constitution jetée avec bonne foi; mais dangereuse entre les mains des ennemis de l'ordre, qui est de toutes les nationalités et de toutes les croyances.

La constitution de 1867 renferme une clause qui semble donner droit au Parlement Fédéral de statuer sur une de nos

institutions les plus sacrées, non-seulement parce qu'elle est la plus ancienne, mais encore parce qu'elle est le principe même constitutif de toute société et sa base fondamentale.

Source primitive d'où émane l'universalité des individus, le mariage a été placé par la clause 91 de cet acte sous la juridiction du Parlement, qui a pu voir dans cette disposition une prérogative de porter une main imprudente sur cette arche du salut pour les mœurs des peuples.

Les consciences honnêtes se sont effrayées, et s'effraient davantage, à la vue des précédents qui ont ouvert la barrière au torrent des passions frémissantes, et qui menaçent d'entraîner l'influence des membres de notre Parlement.

Déjà on a vu mettre en pratique l'interprétation donnée à cette clause, et l'on aura à enregistrer de nouvelles demandes de dissolution de mariage.

Les divorces obtenus ont dissous, aux yeux de la loi, le mariage de protestants ; et des catholiques ont demandé à leur malheur domestique le même remède contre leurs épouses de même religion, après les avoir épousées d'après les rites de cette religion.

Et d'abord quelle interprétation devons-nous donner à cette clause de notre constitution, qui dit qu'il sera loisible au Parlement de faire des lois relativement au Mariage et au Divorce ?

Si nous n'avions qu'à examiner cette clause isolément et qu'elle fut la seule concernant cette grave matière, nous n'aurions qu'à la blâmer, et nous ne nous en gênerions pas. Mais en présence de deux clauses identiques, dans le même acte, nous avons le droit de voir en quoi elles s'harmonisent entr'elles ou se contredisent, et c'est notre devoir de l'interprêter.

En effet le Législateur, dans une clause *postérieure*, qui est la 92me, dit que la législature provinciale pourra faire des lois relatives à la *célébration du mariage* dans la province, et *aux droits civils* dans cette Province.

En face de cette contradiction apparente, nous devons interroger l'esprit du législateur, et pour cela nous servir des règles ordinaires pour l'interprétation des lois.

Le Législateur a-t-il, par cet acte, introduit dans le Bas-Canada la loi du divorce, la dissolubilité du mariage, surtout du mariage catholique ?

Supposons que ces deux dispositions se contredisent formellement, nous n'aurions qu'à prendre la dernière disposition, non-seulement comme étant celle le plus en harmonie avec nos usages et avec notre législation, comme nous le verrons plus tard ; mais de plus, nous la choisirions comme étant la dernière volonté du Législateur qui, sans porter ouvertement atteinte à la première, contient néanmoins des dispositions incompatibles avec celles de la dernière. (Ainsi jugé par l'arrêt de cassation, du 20 octobre 1809. Sirey, 1810, I. 303.)

Donc, dirons-nous, en supposant que les textes ne puissent se concilier entre eux, nous devons adopter le texte de la clause 92, qui est une abrogation tacite de la clause 91, et dire avec lui que la Législature provinciale peut seule faire des lois relatives à la célébration du mariage dans la province, et aux droits civils dans cette même province, ce qui exclut la juridiction du Parlement sur le mariage, d'où découle une grande partie de nos droits civils.

Mais, dira-t-on, les lois, comme les contrats doivent être interprétées de manière à leur donner une portée que le Législateur a eu en vue. Oui, si c'est possible ; aussi avec l'interprétation que nous allons lui donner, il n'y a d'abrogé dans le premier texte que les dispositions qui ne peuvent s'accorder avec celles du dernier. Car la clause 91 ne s'appliquant pas aux habitants du Bas-Canada, et particulièrement aux catholiques, peut avoir son effet relativement aux provinces qui admettent le divorce, et dont les lois sous ce rapport ne s'opposent pas aux lois du Parlement, et au besoin aux protestants du Bas-Canada qui admettent le divorce. Et c'est évidemment là l'intention du Législateur. Or comme le dit l'article 12 de notre Code. " Lorsqu'une loi présente du doute ou de l'ambiguité, elle doit être interprêtée de manière à lui faire remplir l'intention du Législateur et atteindre l'objet pour lequel elle a été passée."

Si nous reportons notre mémoire sur les événements qui

ont précédé la passation de l'acte de l'Amérique Britannique du Nord, nous y voyons dans le Bas-Canada une majorité catholique demandant une Constitution plus en rapport avec ses besoins, pour rétablir l'ordre depuis longtemps troublé par les rivalités, pour fraterniser et vivre en harmonie avec les Provinces que nous avons appelées du titre de Sœurs. Pensez-vous qu'en demandant cette Constitution le Bas-Canada ait voulu renoncer à ses droits les plus chers, adopter un principe qui est à ses yeux une cause de désordre et de division ? Non. Si tel n'a pas été le désir du Bas-Canada, tel n'a pas dû être l'esprit de ceux qui le représentaient, et la majorité des Représentants Bas-Canadiens n'a pu voter le divorce que les Bas-Canadiens repoussent comme contraire au but qu'ils s'étaient proposé en demandant la Confédération.

Et à qui ont-ils demandé cette Constitution par la bouche de leurs Représentants ? A l'Angleterre, jalouse, depuis au moins un temps, de remplir ses devoirs vis-à-vis de nous, et fière de garder sa parole donnée dans les articles de nos traités trois fois solennellement répétés relativement à notre religion, lorsqu'il s'est agi de nous arracher des bras de la France.

La conduite de l'Angleterre vis-à-vis de nous, depuis plusieurs années, ne nous permet pas de croire qu'elle ait voulu, par notre nouvelle constitution, priver les Bas-Canadiens d'un des droits qui sont les fondements même de leur religion et de leurs droits civils.

Et d'ailleurs si nous jetons un regard sur le préambule de l'Acte de l'Amérique Britannique du Nord, nous lisons : "Considérant de plus qu'une telle union aurait l'effet de développer la prospérité des provinces et de favoriser les intérêts de l'Empire Britannique."

Or la loi du divorce, nous le prouverons en temps et lieu, aurait l'effet de corrompre les mœurs, de semer les divisions, de nous rendre parjures à notre religion, et par conséquent de nuire à notre prospérité ; de plus elle aurait l'effet de diminuer le principe qui a toujours fait de nous des citoyens loyaux, de nous faire détester ceux qui détruisent nos institu-

tions, et par conséquent de nuire aux intérêts de l'Empire Britannique. Donc si nous interprétons cet acte par son préambule, comme l'art. 12 de notre Code l'ordonne, Sa Très Excellente Majesté la Reine, de l'avis et du consentement des Lords Spirituels et Temporels et des Communes, n'a pu vouloir nous imposer une loi que nous détestons et qui serait des plus préjudiciables à notre prospérité et à ses intérêts.

Les mêmes Législateurs qui ont approuvé nos lois civiles sont ceux qui ont dicté les clauses en question. Or ces Législateurs ont reconnu dans le Code civil que, pour le mariage, on suivrait les règles et les doctrines des différentes croyances auxquelles appartiennent les conjoints ; ils ont donc reconnu le droit à chacun de suivre les règles de sa religion. La religion protestante admet le divorce, et notre loi civile ne pouvant l'admettre, le Législateur a, dans la clause 91, voulu tout simplement accorder au protestant tous les droits que sa religion lui donnait. C'est là son but. Sans examiner ici s'il y est parvenu, et si un acte du parlement viendra jamais à soustraire un citoyen du Bas-Canada où le mariage est indissoluble, d'après l'art. 185, et où les lois, d'après l'art. 6, sont applicables aux personnes qui s'y trouvent ; sans examiner, disons-nous, les effets de cette intention, constatons du moins que l'esprit du Législateur était évidemment d'accorder au protestant le même droit dont il jouit en Angleterre, (1) et que cette clause ne devait, dans l'esprit du Législateur, avoir effet que pour les protestants. D'ailleurs quel intérêt ont les protestants de faire admettre le divorce par les catholiques. Ils n'en ont évidemment aucun dès que nous ne leur contestons pas ce droit, qui parait dériver des règles de leur église.

Mais vouloir permettre le divorce entre catholiques, outre que ce serait froisser nos institutions et nos lois, ce serait encore mettre le divorcé dans l'impossibilité de contracter

(1) En Angleterre avant une époque récente, où le divorce a été reconnu comme faisant partie du droit civil, et où l'on établit un tribunal spécial pour en connaître, le Parlement seul pouvait prononcer le divorce, et pour chaque cas il fallait une loi particulière ; ce qui prouve que cette institution ne faisait pas partie des lois du pays.

mariage dans le Bas-Canada, et de le faire considérer comme bigame par nos lois civiles et concubinaires aux yeux de la religion.

En effet, prenez deux catholiques divorcés par acte du Parlement. Que l'époux ou l'épouse viennent se remarier dans le Bas-Canada. Où voulez-vous qu'ils aillent ? Devant un ministre protestant ? Mais comment pourra-t-il se soustraire à l'art. 118 qui dit qu'on ne peut contracter un second mariage avant la dissolution du premier, et de l'art. 185 qui dit que la mort seule dissout le mariage. D'ailleurs les publications ordonnées par l'art. 57 et 58 pourront-elles être faites, puisqu'elles doivent être faites, d'après l'art. 130, dans l'église à laquelle appartiennent les parties ; et enfin le curé, ou autre prêtre par lui autorisé, pourra-t-il faire le mariage ? Non ! Non !

Mais il y a encore plus : c'est que l'art. 127 dit que les empêchements, outre ceux reconnus par toutes les religions, sont ceux admis d'après les différentes croyances religieuses, et restent soumis aux règles suivies dans les diverses Eglises et sociétés religieuses.

Or il n'y a pas un empêchement plus grave pour l'Eglise Catholique qu'un mariage existant. Donc aucun ministre, comme aucun pouvoir, ne peut unir deux personnes entre lesquelles il existe une aussi grande impossibilité.

Que le Parlement règle le Mariage parmi les protestants, c'est son affaire, quoique nous sommes d'opinion que le protestant Bas-Canadien ne puisse pas divorcer ; mais que le parlement veuille s'initier dans une institution qui nous est sacrée pour y porter une main sacrilège, ça, c'est notre affaire; et nous dirons à ce même Parlement : vous ne le pouvez pas ; et pour vous le prouver, nous ferons une étude sur le mariage et le divorce. Nous essaierons en conséquence de vous démontrer que le mariage est un contrat d'une nature spéciale. Qu'il est d'institution divine ; qu'il est pour nous un sacrement ; que par son caractère et sa nature il doit être sous la juridiction religieuse ; que l'état n'a pas le pouvoir de faire des lois qui changent son caractère ; que l'état n'a que le pouvoir de régler ses effets civils ; qu'il est de dogme pour

nous que le mariage est indissoluble ; que cette doctrine a été consacrée par l'ancienne Législation française ; qu'elle est passée dans la nôtre et admise expressément par notre Code ; que les motifs de cette doctrine sont des motifs d'ordre social ; enfin qu'ils sont d'accord avec la raison.

Nous ne marcherons dans notre thèse qu'appuyé des autorités les plus imposantes, que nous substituerons très-souvent à nos propres observations, persuadé que le raisonnement n en fera qu'acquérir une nouvelle force.

" Les lois du mariage, disait Platon, tiennent le premier rang dans la législation civile, car elles sont le premier fondement de toute société bien instituée." Et c'est ainsi que l'ont considéré non seulement les papes et les théologiens, mais encore les plus sages législateurs et les plus éminents jurisconsultes : " Source des familles, dit Duranton, le mariage est le lien qui unit chacune d'elles par des rapports certains, rarement méconnus, et c'est par lui que se fondent et se perfectionnent les empires ; aussi a-t-il toujours été chez les peuples civilisés l'objet de la sollicitude particulière du législateur, attentif à le préserver de l'inconstance des désirs, et à le soustraire à la licence des passions."

Il n'y a donc aucun sujet plus grave, plus important que celui dont nous nous occupons ; mais il n'en est peut-être pas de plus difficile à traiter. Et avouons qu'il n'y a que la crainte d'un principe en péril qui nous décide à prendre la plume pour en parler.

Le mariage est un contrat sui generis.

" On peut dire que le mariage est un contrat, puisqu'il est formé par le libre consentement de deux volontés qui se lient réciproquement. C'est un contrat naturel, puisqu'il tend à une fin qui est dans le vœu de la nature, puisqu'il est fondé sur un droit naturel, puisqu'il a des liens immédiats avec la nature. On peut encore l'appeler contrat civil, puisqu'il se conclut au sein de la société civile, et qu'il produit une foule d'effets civils."

Mais le mariage est-il un contrat civil ? Ou sort-il de la

sphère ordinaire des conventions, telles qu'on les entend ordinairement ?

Le contrat, pris en général, est une convention faite entre deux ou plusieurs personnes, lesquelles s'engagent volontairement, par rapport à un objet avoué par la morale. Le lien qu'il produit dans la volonté des contractants, prend son origine dans le dictamen de la nature, prescrivant à chacun de garder la foi donnée. Ce lien est indépendant de la société civile, et n'en existerait pas moins, si l'homme vivant solitaire et en dehors de cette communication permanente avec ses semblables, qu'on appelle commerce social. Toutefois, comme le mot l'indique, le contrat présuppose déjà une société, puisqu'il associe, au moins pour un temps, plusieurs personnes distinctes, à poursuivre une unité de but et de moyens.

Mais le mariage est un contrat revêtu d'un caractère spécial, il est tout *sui generis* et il n'appartient pas au domaine des contrats ordinaires.

" Le mariage, dit Marcadé, même dans l'ordre civil, produit des effets tellement graves, soit pour les familles de ceux qui le contractent, soit pour les contractants eux-mêmes, soit enfin pour la famille nouvelle à laquelle ceux-ci peuvent donner naissance, que toujours on l'a considéré comme sortant de la classe des contrats ordinaires, et qu'il a été l'objet de l'attention toute spéciale des divers législateurs."

" Pour bien se convaincre, dit Maréchal, que l'union matrimoniale constitue un contrat d'une espèce toute particulière, il suffit d'énoncer les caractères distinctifs qui lui donnent évidemment une place à part. Les autres contrats sont indéterminés de leur nature, et restent par leur objet même entièrement soumis à l'empire de l'homme ; c'est pourquoi ils subissent, de la part des contractants, une infinité de vicissitudes et de limites, sous les divers rapports du temps, de l'usage, du but, des obligations qu'on y attache, et des personnes admises à y participer. Il en est autrement du mariage. Dans ce contrat, la fin, les moyens, les aptitudes requises, les devoirs, les droits qu'il implique, tout est naturellement fixé et déterminé."

Les autres conventions tirent leur origine objective, soit de la société civile, soit d'un acte librement posé par tout individu qui veut donner ou échanger ce dont il est pleinement le maître ; le mariage, au contraire, a été immédiatement et positivement institué par Dieu, avant l'existence d'aucune société, avant même qu'aucun individu eut pu en soupçonner l'objet. C'est ce que nous prouverons dans un article spécial.

Dans tout autre contrat le consentement peut se présumer, et quelquefois même se suppléer, en vertu d'une volonté supérieure, et c'est ce qu'exprime l'article 938 de notre Code Civil, tiré de Pothier. Quant au mariage, aucun pouvoir humain ne peut, dans aucun cas, présumer ni suppléer le consentement requis. Il faut de toute nécessité que les deux parties consentent expressément par un acte non-seulement extérieur, mais encore intérieur. C'est pour ce motif que le Concile de Trente refusa d'accéder aux vives instances de la France qui le pressait de placer le défaut de consentement des parents au nombre des empêchements dirimants, et qu'il se contenta de stigmatiser et de défendre ce manque de respect de la part des enfants. (Conc. Trid. Sess. 24 de réform. matrim.)

L'article 116 de notre Code Civil dit : " Il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a pas de consentement."

La volonté qui donne naissance aux autres conventions peut aussi, dans la suite, les dissoudre et les annuler ; pour ce qui est du mariage, quoiqu'il doive son existence à la libre volonté des parties, cette même volonté ne peut jamais le dissoudre.

C'est ainsi que l'ont considéré les jurisconsultes anglais. Lord Robertson, juge écossais, dans un passage approuvé par le juge Story et Wm. Fraser, dit : " Marriage is a contract *sui generis*, and differing, in some respects, from all other contracts, so that the rules of law which are applicable in expounding and enforcing other contracts may not apply to this. The contract of marriage is the most important of all human transactions. It is the very basis of the whole fabric of civilized society. The *status* of marriage *in juris gentium*, and the foundation of it, like that of all other contracts, rests on the consent of parties ; but it differs from other contracts in this,

that the rights, obligations, or duties arising from it, are not left entirely to be regulated by the agreements of parties, but are, to a certain extent, matters of municipal regulation, over which the parties have no control by any declaration of their will ; it confers the *status* of legitimacy on children born in wedlock, with all the consequential rights, duties and privileges thence arising ; it gives rise to the relations of consanguinity and affinity ; in short, it pervades the whole system of civil society."

Un juge américain, du Kentucky, (Maguire et Maguire, 7 Dana. 181, 183,) Robertson, C. J., disait : " Marriage, though in one sense a contract, (because being both stipulatory and consensual, it cannot be valid without the spontaneous concurrence of two competent minds) is nevertheless *sui generis*, and unlike ordinary or commercial contracts, is *publici juris*, because it establishes fundamental and most important domestic relations. And therefore, as every well organised society is essentially interested in the existence and harmony and decorum of all its social relations, marriage, the most elementary and useful of them all, is regulated and controlled by the sovereign power of the State."

Dans la Cour Supérieure du Tennessee (Dickson vs Dickson), 1 Yerg. 110, 112, opinion by Catron, J.), le juge dit : " By the english canon and ecclesiastical law, this union of marriage is of a nature so widely differing from ordinary contracts ; creating disabilities, and conferring privileges, between husband and wife ; producing interests, attachments and feelings, partly from necessity, but mainly from a principal of our nature ; which together from the strongest ligament in human society, without which, perhaps, it could not exist in a civilized state ; it is a connexion of such a deep toned and solemn character, that society has even more interest in preserving it than the parties themselves—so it has been deemed in all societies, civilized, and not corrupt, in all ages."

Bishop (Commentaries on the law of marriage and divorce) dit : " There is nothing connected with the social welfare of the world, concerning which a greater harmony prevails in

the opinion of mankind, that the great underlying truths which pertain to the law of marriage, considered as a civil institution. Every where the doctrine is received, that men and women should not follow their mere animal instincts in their social relations to one another, but that they should "pair off" to use an expression applied to the birds of the air."

Voyons maintenant ce qu'est le mariage et pour cela nous examinerons son caractère tel qu'institué par Dieu, et comme sacrement institué par Jésus-Christ.

Le mariage est d'institution divine.

Si nous remontons à l'origine, nous découvrons que le mariage n'est pas d'institution humaine puisqu'il a précédé toute volonté arbitraire de l'homme. "Dieu, dit la Génèse, créa l'homme et la femme, il les bénit et leur dit: croissez et multipliez-vous." "Il n'est pas bon, dit encore cet auguste livre, que l'homme soit seul, faisons-lui une aide qui lui ressemble.

"Adam, ajoute l'historien sacré, n'ayant pas d'aide qui lui fut semblable, le Seigneur lui envoya un doux sommeil; pendant qu'il était endormi, il lui tira une côte, et mit de la chair à sa place; il forma de cette côte la femme qu'il présenta à Adam, et Adam dit en la voyant: "c'est l'os de mes os; la chair de ma chair."

Dieu a donc institué le mariage, et en le consacrant, il a employé des paroles dont le sens indique manifestement que cette bénédiction, donnée au couple primitif, s'étendait à toutes les générations futures, à toutes les forces sociales, contenues en germe dans cette union primordiale: "*Croissez et multipliez-vous, remplissez la terre et assujettissez-la à votre empire.*"

"Comme institution naturelle, dit M. Sainte Foy (Théologie à l'usage du monde) le mariage a été établi de Dieu dès l'origine, lorsque Dieu dit à nos premiers parents de croître et de se multiplier, et qu'ayant formé la première femme du corps même d'Adam, celui-ci dit, en la voyant: *Voici l'os de mes os et la chair de ma chair; c'est pourquoi l'homme quittera son*

père et sa mère, et s'attachera à son épouse et ils seront deux dans une seule chair."

L'institution du mariage a précédé la chute de nos premiers parents, comme nous le voyons par le récit de la Génèse. Il est donc comme un débris échappé au triste naufrage qui fut la suite de leur péché.

Rogers, Ec. Law, 2nd Edit., tit. marriage, and 1 Bl. Com. 433. " Marriage is a contract having its origin in the law of nature antecedent to all civil institutions, but adopted by political society, and charged thereby with various civil obligations. It is founded on mutual consent, which is the essence of all contract; and is entered into two persons of different sexes, with a view to their mutual comfort and support, and for the procreation of children."

Ainsi donc le mariage, on peut le dire, peut être appelé un contrat; mais un contrat qui par son caractère sort de la classe des contrats ordinaires.

Le mariage est donc d'institution divine et la sainteté est le caractère de cette source permanente d'où sort et se propage la population.

" Dieu l'a établi, dit le Révérend Père Braun, (Instructions dogmatiques sur le mariage chrétien) pour Adam et pour toute sa postérité. Tous les peuples descendent d'Adam, soit les fidèles, soit les hérétiques, soit les infidèles. Dieu a donc établi le mariage avec ses lois pour tous les peuples, pour les hérétiques et pour les infidèles. Et ces lois obligent tous les peuples comme les autres lois divines."

D'après cette loi, il suffit qu'un seul homme et une seule femme s'unissent légitimement d'une manière stable pour former ensemble une société perpétuelle. C'est ainsi que le mariage existait chez les Grecs, chez les Romains et chez les autres peuples avant qu'ils fussent dégradés; c'est ainsi qu'il existe encore chez les infidèles et qu'Innocent III déclare " que les empêchements de droit ecclésiastique ne lient pas les infidèles, parce que, n'ayant pas reçu le baptême, ils ne sont pas sous la juridiction de l'Eglise."

En présence du texte sacré, que personne n'a mis en doute,

nous n'avons qu'à dire que toutes les nations, tous les législateurs, toutes les autorités religieuses et civiles regardent le mariage comme une institution qui a précédé toute société et toute volonté de l'homme. Or, à moins de prétendre que le monde ait été crée autrement que par Dieu, on ne peut nier que ce soit lui qui a institué l'union intime de l'homme et de la femme.

La loi canonique anglicane, comme la romaine, admet l'origine divine du mariage. Tous les auteurs anglais, comme les jurisconsultes français, sont d'accord sur ce point; et c'est comme considérant le mariage à l'état primitif, tel qu'institué au Paradis terrestre, que les savants juges de la Cour d'appel en Canada, ont confirmé le jugement d'un de la Cour supérieure dans la cause de Johnston et al. (Reprenant l'instance de Julia Woolrich) appelants, et John Connolly, intimé.

Nous n'insisterons pas d'avantage sur ce point, d'autant plus que la suite de notre travail viendra souvent confirmer cette vérité.

Le mariage chrétien est un sacrement.

Bien que l'association matrimoniale ait été dès sa première apparition dans le monde, imprégnée de religion et consacrée par la bénédiction immédiate de Dieu, on ne peut pas dire qu'elle ait été, dès lors, un sacrement, dans le sens rigoureux du mot. Elle était sainte dans son origine, sainte dans ses effets et dans sa fin; mais elle n'était pas encore un instrument ayant vertu de conférer une grâce surnaturelle. Tout au plus peut-on dire que c'était un signe sacré, un symbole idéal de l'union qui devait exister entre Jésus-Christ et l'Eglise, sans avoir d'ailleurs aucune efficacité interne pour sanctifier les époux.

C'est dans ce sens que Saint Léon a pu dire que la société conjugale a été, dès le principe, constituée de telle sorte, qu'outre l'union des sexes, elle renfermait encore le sacrement de Jésus-Christ et de l'Eglise. (Epist. 2. ad Rustic. Narb.)

Mais depuis la loi nouvelle le mariage est un sacrement qui unit légitimement l'homme et la femme, et leur donne les

grâces nécessaires pour remplir saintement les devoirs de leur état.

" Jésus-Christ, l'auteur des sacrements, dit le Concile de Trente, nous a mérité par sa passion une grâce qui perfectionne l'amour naturel des époux, l'un pour l'autre, affermit leur union indissoluble et sanctifie les époux eux-mêmes ; et c'est ce que l'Apôtre St. Paul nous donne à entendre lorsqu'il dit : " *Epoux aimez vos épouses, comme Jésus-Christ a aimé l'Eglise et s'est livré pour elle ; ajoutant bientôt après : Ceci est un grand sacrement, je dis en Jésus-Christ et dans l'Eglise.*"

C'est d'ailleurs pour nous un article de foi. " Si quelqu'un ose dire que le mariage n'est pas vraiment et proprement un des sept sacrements de la loi Evangélique, qu'il soit maudit et séparé de la communion des fidèles. (Conc. Trente, sess. 24, Canone 17.)

Pie IX, le 19 septembre 1852, écrivait au roi de Sardaigne : " C'est un dogme de foi que le mariage a été élevé par Jésus-Christ Notre-Seigneur à la dignité de sacrement, et c'est un point de l'Eglise Catholique, que le sacrement n'est pas une qualité accidentelle surajoutée au contrat ; mais qu'il est de l'essence même du mariage, de telle sorte que l'union conjugale entre les chrétiens n'est légitime que dans le mariage, sacrement hors duquel il n'y a qu'un pur concubinage."

" C'est donc, dit le P. Braun, le contrat même institué par Dieu, qui, par la grâce de Jésus-Christ, est devenu sacrement, en sorte que tout contrat matrimonial entre chrétiens est en même temps contrat et essentiellement sacrement ; l'essence du contrat n'est pas distincte de l'essence du sacrement, et s'il n'y a pas de sacrement, il n'y a pas de contrat matrimonial possible entre chrétiens."

Sa Sainteté Pie IX, dans son allocution du 27 septembre 1852, déclare qu'il ne peut y avoir parmi les chrétiens de mariage qui ne soit en même temps sacrement, et que le sacrement ne peut jamais se séparer du contrat conjugal. En outre le Souverain Pontife condamne les propositions suivantes : " le Sacrement de mariage n'est qu'un accessoire du contrat et

peut en être séparé ; et le sacrement lui-même ne consiste que dans la seule bénédiction nuptiale."

Le contrat conjugal, l'union conjugale instituée par Dieu entre nos premiers parents dans le Paradis terrestre, est celui-là même devenu le sacrement, qui est le signe de l'union de Jésus-Christ et de l'Eglise.

" Celui qui a fait l'homme dès le commencement, l'a fait homme et femme," dit Jésus-Christ en St. Matthieu, et il dit, " à cause de cela, l'homme laissera son père et sa mère et s'attachera à sa femme, et ils seront deux dans une seule chair. C'est pourquoi ils ne sont plus deux, mais une seule chair. Que l'homme ne sépare donc point ce que Dieu a uni."

C'est aussi ce que dit St. Paul aux Ephésiens. Les anciens Pères, les anciens Théologiens, les conciles ne distinguent jamais entre le contrat et le sacrement ; mais tous regardent tout vrai contrat matrimonial entre chrétiens comme un sacrement.

St. Thomas qui résume la doctrine des S. S. Pères, dit : " Les paroles qui expriment le consentement forment le contrat qui est le sacrement de mariage."

" Le consentement extérieur, dit le P. Braun, mutuel et légitime des époux, voilà la matière prochaine du sacrement de mariage ; les paroles exprimant le consentement, voilà la forme ; les contractants, voilà les ministres du sacrement ; et le contrat, c'est le sacrement."

L'enseignement de St. Thomas est que la bénédiction nuptiale donnée par le prêtre n'est pas requise pour la validité du Sacrement. Elle est accessoire, accidentelle, ordonnée pour la plus parfaite sanctification des époux. Elle n'est pas de l'essence du Sacrement.

Le Concile de Trente déclare que sans la présence du prêtre, les chrétiens, avant la promulgation du décret d'empêchement de clandestinité, en contractant, recevaient véritablement le sacrement de mariage. Chaque fois donc qu'il y a contrat matrimonial légitime entre l'homme et la femme, il y a véritablement Sacrement de mariage, chez les Chrétiens.

" Quand les hommes, dit le P. Braun, font un contrat civil,

ce sont les deux contractants qui s'engagent réciproquement en conscience, ce sont eux qui font le contrat, qui sont la cause efficiente, et par conséquent les ministres du contrat. Mais pour que plusieurs sortes de contrats aient valeur devant la loi civile, la présence et l'action du Notaire sont requises par la loi. Le Notaire n'est pas le Ministre qui fait le contrat; mais il est le témoin légal qui constate que le contrat a été fait, il est l'instrument qui rédige l'acte par lequel les contractants se sont liés réciproquement. De même dans le mariage, ce sont les contractants qui font le contrat, qui en sont par conséquent la cause efficiente, les Ministres, et ce contrat, chez les Chrétiens, est nécessairement Sacrement. Mais pour que ce contrat puisse être fait l'Eglise exige, qu'il se fasse, dans les paroisses où le décret du Concile de Trente est promulgué, en présence du Curé et de deux ou trois témoins. La bénédiction que donne le prêtre ne constitue pas le Sacrement puisque sans elle, comme l'enseigne le Concile de Trente, le mariage Sacrement existe. Lorsque cette bénédiction est possible, elle est exigée, pour que le Sacrement soit non pas validement, mais licitement reçu."

Voilà pourquoi Pie IX, dans le Syllabus condamne la proposition suivante: "Le sacrement de mariage n'est qu'un accessoire du contrat et peut en être séparé, et le sacrement lui-même ne consiste que dans la seule bénédiction nuptiale."

Avant le Concile de Trente la présence du Curé et des témoins n'étaient pas nécessaires pour contracter un mariage valide. Quoiqu'il ne faille pas douter dit le Concile (Sess. 24, Chap. 1) que les mariages clandestins, contractés du consentement libre et volontaire des parties, ne soient des mariages véritables et ratifiés, tant que l'Église ne les a pas rendus nuls; et qu'il faille par conséquent condamner d'anathème, comme le saint Concile les condamne, ceux qui nient que de tels mariages soient vrais et ratifiés... la sainte Eglise néanmoins les a toujours eus en horreur, et toujours défendus pour de très-justes raisons.

Ainsi, suivant le Concile, avant la promulgation du Concile

de Trente, ceux qui contractaient ainsi le mariage recevaient réellement le sacrement ;

Le Concile de Trente a prescrit des formalités sans lesquelles le mariage est nul et de nul effet.

" Quant à ceux, dit encore le Concile, qui entreprendraient de contracter mariage autrement qu'en présence du curé ou de quelque autre prêtre, avec permission du dit curé ou de l'ordinaire, et avec deux ou trois témoins, le Saint Concile les rend absolument inhabiles à contracter de la sorte, et ordonne que tels contrats soient nuls et invalides, comme par le présent décret il les casse et les rend nuls."

" Enfin le Concile ordonne que le présent décret commencera d'avoir force et effet dans chaque paroisse, trente jours après que la première publication y aura été faite."

Ainsi donc il résulte de tout ce qui précède : Que le mariage, contracté entre des infidèles, suivant les usages du pays, est un mariage, quoiqu'il ne soit pas un sacrement, et Innocent III le déclare un vrai mariage.

Il résulte encore que le mariage que les chrétiens contractent, sans la présence du curé dans les lieux où le Concile de Trente n'est pas publié, est un vrai mariage sacrement ; mais que ce même mariage est nul lorsqu'il est contracté sans la présence du curé ou de son délégué dans les lieux où le décret du Concile de Trente est publié.

C'est ainsi que le 9 juillet 1868, la Cour Supérieure de Montréal (Monk, juge) décida, dans la cause de Connolly vs Woolrich, que le mariage d'un chrétien avec une indienne païenne, contracté suivant la coutume de la tribu, doit être reconnu valide en Bas-Canada.

Le pouvoir ecclésiastique seul compétent à connaître des lois et du sens véritable de ces lois de Dieu sur le mariage.

Dieu a confié le dépôt des traditions et de ses lois à une autorité visible : Eglise visible avant Jésus-Christ, dans les saints Patriarches, dans le peuple de Dieu, dans les Saints des temps anciens. Eglise visible depuis Jésus-Christ, dans son Eglise, et il a chargé cette autorité, son Eglise, de les expliquer, de les interpréter.

Aussi l'Eglise s'est toujours cru autorisée de déclarer quelle est la loi du mariage dans le genre humain, chez les infidèles et chez les hérétiques.

C'est ainsi que Innocent III et Benoit XIV ont rendu des décisions sur les lois du mariage chez les infidèles.

Voilà pourquoi le Concile de Trente dit : " Si quelqu'un dit que les causes qui concernent le mariage, n'appartiennent pas aux juges ecclésiastiques, qu'il soit anathème."

Ce n'est point aux princes, mais aux Apôtres et à leurs successeurs que Jésus-Christ a dit : *Comme mon père m'a envoyé je vous envoie ;* ou bien : " *Allez, enseignez toutes les nations.*" C'est donc aux Apôtres seulement et à leurs successeurs qu'il a communiqué la mission qu'il avait reçue de son Père, et qu'il a donné le pouvoir d'enseigner, de baptiser, de remettre les péchés, de lier et de délier.

La tradition enseigne qu'il en a toujours été ainsi dans l'Église.

On trouve dans la lettre LV de St. Cyprien ces mémorables paroles : " *Un évêque tenant l'Evangile peut être tué, non vaincu...... Faut-il abandonner la dignité de l'Eglise catholique, et la puissance sacerdotale, au point que celui qui préside dans l'Eglise soit jugé par ceux qui sont hors d'elle ? Que reste-t-il, sinon que l'Eglise cède au Capitole, et que les Prêtres se retirent emportant l'autel du Seigneur.*"

Le célèbre Osius de Cordoue rappelle la distinction des deux puissances à l'Empereur Constance : " Ne vous mêlez point, lui dit-il, des choses ecclésiastiques, et ne prétendez point nous donner des ordres sur ces matières. A vous, Dieu a donné l'empire, à nous il a confié son Eglise...... Si donc, il ne nous est pas permis de prétendre à l'empire sur la terre, il ne vous est pas permis non plus d'usurper l'encensoir et le pouvoir sur les choses sacrées."

Athanase répond au même Constance qui veut excuser ses violences : " Quand vit-on pareille chose ? Quand le jugement de l'Eglise a-t-il emprunté de l'Empereur son autorité ?... Cette puissance que s'arroge aujourd'hui Constance, et la liberté qu'il prend de présider au jugement de ses Evêques,

de traiter les affaires de la religion dans son palais, est l'abomination de la désolation, prédite par Daniel."

Saint Grégoire de Nazianze dit, dans son XVIIe discours; Princes et Préfets, ne m'écouterez-vous pas avec indulgence? Car la loi de Jésus-Christ vous soumet à mon Empire et à mon tribunal. Oui, nous exerçons un empire plus parfait et plus noble que le vôtre, autant que l'esprit est au-dessus du corps et le ciel au-dessus de la terre."

Saint Ambroise écrit à l'Empereur Valentinien dans sa lettre XX: " Les choses divines ne sont pas soumises à la puissance de l'Empereur; " et dans la lettre XVI, au même prince, il lui dit: " Certes, si nous consultons les Saintes-Ecritures, et si nous repassons les temps anciens, personne ne pourra nier que dans les causes de la foi, c'est aux Evêques à juger les Empereurs, et non aux Empereurs à juger les Evêques." Et ailleurs: " Un bon Empereur est dans l'Eglise et non au-dessus de l'Eglise."

Au cinquième siècle, le Pape Félix III à l'Empereur Zénon: " C'est une disposition salutaire pour vos affaires que, lorsqu'il s'agit des causes de Dieu, conformément à la loi suprême, vous soumettiez la volonté royale aux prêtres de Jésus-Christ, et que vous ne la préfériez pas à leur enseignement.... que vous suiviez les lois de l'Eglise, et que vous ne prétendiez pas lui donner des lois humaines."

Saint Gélase, successeur de Félix III, écrit à l'empereur Anastase: " Vous devez être soumis au Pontife en tout ce qui tient à l'ordre de la religion."

Le Concile de Trente a résumé, pour ainsi dire tous ces témoignages de la tradition lorsqu'il enseigne dans sa session XXV, ch. 20, que " les princes, loin d'avoir aucune puissance dans l'Église, doivent au contraire observer les constitutions sacrées des Souverains Pontifes et des Conciles, et punir sévèrement ceux qui gênent la liberté, l'immunité et la juridiction de l'Eglise."

Le Pape Pie VI, dans son bref aux Evêques de l'assemblée nationale de France, établit une différence entre les peuples étrangers à l'Eglise, tels que les infidèles et les Juifs, et ceux

que la régénération du baptême a soumis à ses lois. " Les premiers, dit-il, ne doivent pas être assujettis à l'obéissance prescrite aux catholiques ; mais les autres doivent y être contraints. Saint Thomas d'Aquin prouve cette différence avec sa solidité ordinaire. Plusieurs siècles auparavant elle avait été établie par Tertullien, dans son ouvrage contre les Gnostiques. Mais personne n'a mieux développé ce raisonnement que Saint Augustin dans ses deux célèbres épîtres, l'une à Vincent, évêque de Cortenne, l'autre au comte Boniface."

Ainsi d'après les Pères de l'Eglise et les Conciles, nul doute et il est évident, que les gouvernements chrétiens n'ont aucun droit sur l'Eglise dans toutes les matières du droit divin. Or, nous avons prouvé que le mariage est d'institution divine. Donc l'Eglise, et l'Eglise seule, a le pouvoir de faire des lois touchant cette matière.

Le Concile de Trente a défini d'ailleurs les pouvoirs de l'Eglise en ce qui concerne le mariage, ainsi que Pie VI dans la bulle *Auctorem fidei.* Le même Pape, dans sa lettre à l'évêque de Motola, déclare que l'Eglise a seule le droit et tout pouvoir d'assigner la forme au contrat de mariage et par conséquent de juger de la validité ou de l'invalidité des mariages.

Nous verrons que l'Eglise Anglicane a adopté la même doctrine.

Depuis le mariage d'Adam et Eve, dit Bergier, consacré par la bénédiction de Dieu même, ce contrat a toujours été regardé comme un acte de religion ; les payens civilisés aussi bien que les adorateurs du vrai Dieu, y ont fait intervenir la divinité Depuis Jésus-Christ et les apôtres, l'Eglise chrétienne a formellement ordonné que le mariage des fidèles fut sanctifié par les prêtres et les bénédictions des prêtres, et fut regardé comme un sacrement. Nous avons pour témoins de ce fait, au 1er siècle, St. Ignace, disciple de St. Jean l'Evangéliste ; au IIe, St. Justin et St. Clément d'Alexandrie ; (Strom., l. III, c. 6, p. 532 ; c. 10, p. 542) ; au IIIe, Tertulien (l. v, c. 28 et L. II, Ad uxor., N. 8) ; et Origène ; au IVe, St. Jean Chrysostôme, et un concile de Carthage ; au Ve, St. Augustin ; au VIe, le Pape Hormisdas en fit un décret (cap. *Nullus*, causa 3, q. 5).

Les protestants mêmes ont respecté cet usage aussi ancien que le christianisme ; dans leur code de discipline (c. 13, § 23). il est dit que le mariage doit être béni publiquement dans l'assemblée des fidèles, selon la parole de Dieu."

Ce que nous avons dit du pouvoir de l'Eglise en matière de mariage, est admis en principe par les protestants, et ils sont en cela conséquents. En effet, s'ils prétendent avoir la vraie religion, leur église doit être apostolique, c'est-à-dire perpétuelle ; en d'autres termes elle doit être une église qui doit continuer d'être toujours, soit pour la doctrine, soit pour le ministère, ce qu'elle était du temps des apôtres ; en ce sens encore que ceux qui la gouvernent doivent se rattacher d'une manière intime aux apôtres, soit en remontant jusqu'à eux par une succession non interrompue, soit par leur union avec leurs légitimes successeurs.

Or en remontant jusqu'à Jésus-Christ, il leur faut accepter toutes les décisions que nous avons rapportées, et qui pour la plupart ont été rendues avant la Réforme. C'est aussi ce qu'ils ont fait, et l'Eglise Anglicane, qui se prétend Catholique, c'est-à-dire, l'Eglise qui, comme l'arche de Noé, doit contenir tout le genre humain appelé au salut, se croit autorisée à faire des lois sur le mariage qui est. sinon sacrement pour les Réformés, au moins une institution divine.

La doctrine de l'Eglise d'Angleterre sur ce point, est qu'après la réforme le pouvoir de l'Eglise Romaine est passé de plein droit aux ministres de l'Eglise d'Angleterre. Et, en effet, les lois canoniques Romaines sont la base des lois ecclésiastiques Anglaises. Et la loi ecclésiastique Anglaise donnait juridiction aux cours ecclésiastiques sur les causes matrimoniales.

La séparation des causes civiles des causes ecclésiastiques, dit Bishop (On marriage and divorce) eut lieu après la conquête des Normands, par acte passé sous Guillaume I. Parlant de cet acte, Bishop dit :

" It recites, that previous to William's time, the episcopal laws were not administered well, or according to the precepts of the holy canons : and orders by the advice of the common

council, and council of the archbishops, bishops and abbotts, and all the clergymen of the realm, that the same be amended.

It then enacts, among other things, that no bishop or archdeacon hold pleas any more in the hundred, concerning the episcopal laws, nor bring to judgment of secular men a cause which appartains to the government of souls; but whosoever shall be impeached according to the episcopal laws, for any cause or fault, shall come to the place which the bisbop shall have chosen and named for this purpose, and there answer respecting his cause, and do right to God and his bishop, not according to the hundred, but *according to the canons and episcopal laws; " sed secundum canones et episcopales leges rectum Deo et episcopo satisfaciat."*

Mais comme disent les commissaires ecclésiastiques de George IV. " In England, the authority of the Roman canon law was at all times much restricted, being considered in many points repugnant to the law of England, or incompatible with the jurisdiction of the courts of common law; so much of it as has been received, having obtained by virtual adoption, has been for many centuries accomodated by our own lawyers to the local habits and customs of the country; and the ecclesiastical laws may now be described, in the language of our statutes, as " laws which the people have taken at their free liberty, by their own consent, to be used among them, and not as laws for any foreingn Prince, Potentate, or Prelate."

Quoiqu'il en soit il est reconnu que les causes matrimoniales ont toujours été du ressort des cours ecclésiastiques en Angleterre jusqu'en 1857, où par la 20 et 21 Vict. c. 85, elles ont été transférées dans la cour appelée " The court for divorce and matrimonial causes."

En confrontant les lois canoniques Anglaises et les lois canoniques Romaines on voit qu'elles ont une commune origine, et elles n'ont de différence que ce que la Réforme y a changé comme incompatible à ses principes. Voyez Burn's Eccles. Law; Vo. Mariage.

Le pouvoir ecclésiastique Anglais s'est toujours cru autorisé

à accorder des licences, à interpréter les lois du mariage, à juger les causes en provenant et à célébrer les mariages. La loi commune anglaise leur a aussi reconnu ce droit.

Le Canon 101 de la loi ecclésiastique dit :

" No faculty or licence shall be granted for solemnisation of matrimony without publication of banns, by any person exercising any ecclesiastical jurisdiction or claiming any privileges in the right of their churches ; but only by such as have episcopal authority, or the commissionary for faculties, vicars general of the archbishop, and bishops sede plena or sede vacante, the guardian of the spiritualities, or ordinaries exercising of right episcopal jurisdiction in the several jurisdictions respectively.

Burn dit : This power of dispensing is granted to the bishop by statute law too. Viz. the 25, H. 8, c. 21, by which all bishops are allowed to dispense as they were wont to do ; and such dispensations have been granted by bishops, ever since archbishop. *Mepham's* time at least. Johns. 194.

L'auteur déjà cité rapporte plusieurs causes jugées à la Cour de *Nisi prius*, dans le Middlesez, dans la Cour de Chancellerie et dans la Cour des plaidoyers Communs ; et toujours les Cours d'Appel ont décidé que la sentence des cours spirituelles étaient conclusives et ne pouvaient être cassées par les tribunaux civils. Voyez Burn's eccl. Law. Vo. mariage, page 494.

Nous verrons plus loin, en examinant nos lois sur cette matière que la loi ecclésiastique a toujours été reçue dans notre Législation.

Nous pouvons déduire de l'essence même de l'Union conjugale, à qui appartient de statuer sur le mariage ; et pour cela nous empruntons le raisonnement de M. Maréchal dans son *Etude religieuse et sociale* sur le mariage :

" Le mariage envisagé en lui-même appartient au domaine de la famille, de l'individu et de la religion.

1o. En date et en raison, la famille est antérieure à la société civile. Issue de la famille et formée par elle, la société civile ne peut ni l'absorber ni lui enlever ses droits ; autrement il faudrait dire que la plante détruit la racine dont elle provient,

que la construction d'une machine se fait, non en coordonnant, mais en brisant les pièces qui la composent. L'Etat peut garantir les droits de la famille, les protéger contre la violence, les empêcher de léser les droits d'autrui, quand ils sortent de la sphère privée pour entrer dans le domaine public ; mais jamais il ne peut ni les usurper, ni les restreindre, ni les changer. Tout ce qui concerne la constitution intérieure de la famille, ses rapports fondamentaux, la formation et le développement des éléments qui la composent ; en un mot, tout son organisme et la sphère où elle se meut, tout cela échappe naturellement à l'action du pouvoir social. Cette organisation de la famille, la société l'accepte comme élément préexistant, et loin de l'absorber, elle la conserve, en fait l'aliment de sa vie, le soutien de ses forces...... Or le mariage, pris en soi, est complètement du ressort de la famille. C'est dans la famille qu'il a son origine, c'est dans la famille qu'il s'accomplit, c'est dans la famille qu'il produit tous ses effets intimes. D'après la loi naturelle et divine, c'est dans le sein de la famille qu'il faut rechercher le pouvoir d'agir sur le mariage considéré en lui-même.

2o. Le mariage est aussi du domaine de l'individu. L'union des époux est en effet la fusion de deux personnalités en une seule, représentant l'individualité humaine dans toute sa plénitude, et servant à perpétuer le genre humain sur la terre." C'est ainsi qu'on le voit dès la création, c'est ainsi qu'il a été envisagé par la loi civile et par la loi religieuse. *Et erunt duo in carne una*, dit la Genèse. *Itaque jam non sunt duo, sed una caro*, dit St. Matthieu XIX. 5.

L'orateur du gouvernement français disait au tribunat, que le mariage est la société de l'homme et de la femme qui s'unissent pour perpétuer leur espèce et pour s'aider par des secours mutuels à porter le poids de la vie, en partageant leur commune destinée.

" L'unité d'un être,continue Maréchal,se déduit évidemment de l'unité d'acte et d'effet qu'il produit. Si donc l'enfant, qui est l'effet du mariage, est un effet unique et indivisible ; si l'on ne peut séparer l'acte qui le produit, de manière à en rap-

porter une moitié à la première, et l'autre moitié à la seconde des deux personnes qui y ont concouru ; il faut dire que le mariage engendre, dans les époux, non seulement une unité morale, mais une unité physique, en vertu de laquelle ils ne forment plus en réalité qu'un seul corps. Et, bien que ce corps soit animé par deux esprits, ces deux esprits se confondent pourtant l'un dans l'autre, tant à cause de l'amour réciproque qui les unit, que parce qu'ils participent à l'unité du sujet dans lequel ils reposent. Les deux époux revêtent aussi une nouvelle individualité, une personnalité nouvelle, qui comporte de nouveaux droits, droits appartenant à l'un et à l'autre, non comme à des êtres distincts, mais comme à des êtres qui ne forment qu'un seul et unique principe de génération. L'apôtre proclame donc une profonde vérité, lorsqu'il dit que le mari qui aime sa femme s'aime lui-même ; *qui uxorem diligit se ipsum diligit* (ad Ephes, v. 28).

C'est ainsi que la tradition a fait envisager le mariage par tous les peuples.

L'existence de l'homme et de la femme sans cette union est d'ailleurs imparfaite.

" Il n'est pas bon que l'homme soit seul : *non est bonum esse hominem solum ;* il lui faut un aide, un complément semblable à lui : *faciamus adjutorium simile sibi.*" (Gen. 1. 18.)

Et c'est d'ailleurs ce que prouvent les aptitudes intellectuelles, affectives et physiques réparties entre les deux sexes qui se suppléent l'un à l'autre.

Ce contrat donc, qui touche de si près à la personnalité humaine, qui transmet à autrui un pouvoir si étendu, qui embrasse pour ainsi dire toute la plénitude de notre être, ne doit donc pas être identifié aux autres conventions qui portent sur des intérêts complètement distincts de nous-mêmes. Quel est donc le pouvoir qui peut s'immiscer dans une affaire qui est tout du ressort de l'individu, et qui, par sa nature, est antérieure même à l'idée de toute société différente de la société conjugale.

L'autorité même paternelle n'a pas juridiction sur ces questions et ne peut que donner des conseils. C'est pourquoi le

Concile de Trente refusa d'accéder aux vives sollicitations de la France qui le pressait de placer le défaut de consentement des parents au nombre des empêchements dirimants. Si donc le fils jouit d'un droit personnel, étranger à la juridiction du chef de famille, la plus sacrée et la plus vénérable, à qui le peuple romain avait accordé le droit de vie et de mort, comment le pouvoir civil pourrait-il s'arroger ce droit ? "

Voilà la doctrine de l'Eglise et elle n'a rien que de noble pour l'humanité. " En effet, dit M. Sainte-Foy, après avoir déclamé contre les inconvénients de la théocratie, les héritiques et les incrédules sont tombés dans l'excès qu'ils paraissent vouloir éviter. Il leur semblait contraire à l'ordre établi de Dieu que l'Etat fut dans l'Eglise ; et après l'avoir arraché violemment du sein de celle-ci, ils l'ont placée elle-même dans l'Etat, en l'identifiant avec lui, et en la soumettant à ses caprices."

" Après avoir rejeté la théocratie, ils ont admis l'autocratie, au grand détriment de la dignité de l'homme et de la liberté des peuples. Car si le joug d'une autorité qui se donne comme divine, et qui s'adresse à la conscience, peut quelquefois paraître intolérable, il n'est du moins jamais déshonorant : tandis que rien n'humilie et ne dégrade autant l'homme que la soumission à une autorité qui s'appuie sur la force et qui ne regarde jamais le ciel."

Continuons à analyser le raisonnement de M. Maréchal qui nous parait logique :

3o. Le contrat matrimonial enfin, est du domaine de la religion. Cela ressort évidemment de la nature même du mariage qui forme et constitue la cause ou l'instrument dont Dieu a voulu se servir pour continuer la création de l'homme. Ainsi, les époux, par suite de leur union, sont revêtus d'un caractère sacré et divin de sa nature, puisqu'ils sont appelés à devenir les coopérateurs et les auxiliaires de Dieu, dans l'acte créateur d'un être raisonnable. C'est bien Dieu qui crée l'âme de l'enfant, mais pour cela, il faut que les parents donnent le corps. Ce sont eux qui déterminent en quelque sorte, l'action divine, en fournissant le sujet sur lequel elle opère nécessai-

rement. Leur office a pour but, non la production d'un corps quelconque, mais la production d'un corps doué d'une âme raisonnable, âme qui provient de l'acte divin, intervenant comme cause première et principale. Ainsi, l'effet produit, qui est l'homme, est un effet unique, mais cet effet résulte de plusieurs causes combinées. Les parents, qui sont des instruments entre les mains du créateur, agissent pour la partie matérielle ; Dieu se sert d'eux et supplée par lui-même pour créer l'âme, d'où il suit que l'effet ne peut avoir lieu sans l'intervention des parents, comme cause instrumentale.

De plus, l'homme engendré est par lui-même un être religieux et sacré. Ce qui le prouve, c'est qu'il est fait à l'image et à la ressemblance de Dieu, c'est qu'il est destiné à servir Dieu sur la terre, c'est qu'il est créé en vue de Dieu, comme étant sa fin dernière. Par le mariage, les parents sont le principe générateur de cet être sublime et presque divin ; ils sont le principe destiné à féconder et à développer par l'éducation, les germes sacrés contenus en lui. Cette idée de la sainteté du mariage est si conforme à la nature humaine, que les peuples même les plus barbares, n'ont pu le solemniser autrement qu'en l'entourant des rites et des cérémonies de la religion. Ainsi le mariage est une chose sacrée par essence puisqu'il investit les époux d'un ministère sacré, et qu'il porte sur un être également sacré. Est-il possible, après cela, de le considérer comme une affaire profane, comme une affaire soumise aux prescriptions du pouvoir civil, tandis qu'il est reconnu que celui-ci ne s'occupe par sa nature, que des intérêts personnels et naturels.

Le mariage est, il est vrai, la base de la société ; mais c'est une base qui préexiste à l'édifice, et qui en est indépendante par essence. L'architecte suprême seul peut y porter la main, lui assigner des lois, et les êtres appelés à coopérer à son œuvre, comme ses instruments et ses ministres, ne peuvent le faire que d'après les indications tracées par lui. Pour la société, elle doit accepter cette institution telle qu'elle lui a été donnée, et comme étant organisée d'après les lois étrangères à sa compétence. Le pouvoir séculier peut bien lui donner son

appui, régler les effets sortant du domaine qui leur est propre pour entrer dans le domaine public ; mais il ne peut disposer de l'essence même du mariage, sans une violation inique des droits de la famille, de l'individu et de la religion."

Les rédacteurs du Code qui nous régit, (les Français) dit l'abbé Gousset, (Le Code Civil commenté dans ses rapports avec la théologie morale) tout en sécularisant notre législation, ont néanmoins reconnu qu'il ne pouvait porter atteinte ni au sacrement, ni au contrat naturel qui en est la base. Le contrat naturel du mariage, dit Tronchet, n'appartient qu'au droit naturel. Dans le droit civil on ne connait que le contrat civil, et on ne considère le mariage que sous le rapport des effets civils qu'il doit produire."

M. Carion-Nisas parlait dans le même sens.—" Aujourd'hui disait-il, il peut y avoir contrat civil et nul pacte religieux, pacte religieux et nul contrat civil. On peut vivre avec la même femme, épouse selon la loi, et concubine selon la conscience ; épouse selon la conscience et concubine selon la loi."

Concluons donc qu'il peut y avoir dans le mariage contrat naturel et sacrement, sans qu'il y ait contrat civil, c'est-à-dire sans qu'il y ait un acte légal qui assure les effets civils : que ce n'est point le contrat naturel et civil ; mais le contrat naturel et ecclésiastique qui est, comme on s'exprime dans l'école, la matière du sacrement de mariage.

Si donc le mariage est un sacrement, il en résulte que l'Église seule peut formuler des lois y relatives.

Dans la tradition depuis le 4me siècle, les documents prouven que les Pères, les Conciles et les Princes Chrétiens ont reconnu que le droit d'établir des empêchements dirimants appartient originairement au pouvoir ecclésiastique, bien plus, lui appar tient exclusivement, de sorte que le pouvoir même de l'Eglise en cette matière vient des Princes chrétiens.

Lorsqu'au 4me siècle les princes payens entrèrent dans l'Eglise, l'Eglise depuis longtemps était en possession de son droit originaire et suprême sur le mariage chrétien. Ainsi, vers l'an 305, le Concile d'Elvire, en Espagne, fit le canon

suivant : " Celui qui aura épousé sa belle fille, qu'il ne soit pas admis à la communion, même à la fin de sa vie."

Le Concile de Néo-Césarée, en 314, déclare :

" La femme qui a épousé successivement les deux frères, ne peut être réconciliée même à l'heure de la mort," à moins qu'elle ne promette de se séparer de son complice.

Ainsi, longtemps avant Théodose les mariages entre cousins étaient défendus par l'Eglise, et l'Eglise avait porté d'autres lois pour défendre certains mariages, comme on peut le voir par les Conciles d'Elvire, de Néo-Césarée, d'Ancyre. La loi de Théodose n'a donc rien ajouté aux canons ecclésiastiques, si ce n'est une sanction extérieure et civile pour réprimer les payens et les mauvais chrétiens, qui auraient osé contracter de pareils mariages, et elle pourvoit par des peines temporelles à l'exécution des canons.

Quand aux lois portées par les princes chrétiens, et qui ont eu pour objet les empêchements dirimants au mariage, les princes se sont comportés comme les gardiens et les défenseurs des canons.

Justinien, dans la Novelle 6, déclare son intention de sanctionner les lois canoniques, et il dit : Nous les sanctionnons, suivant en toutes choses, les saintes lois de l'Eglise.

Dans la Novelle 137 : " Si pour la sécurité de nos sujets, nous nous appliquons à faire observer par tous les lois civiles, que Dieu a confiées à notre pouvoir, combien devons-nous avoir de zèle pour faire observer les saints canons et les lois divines qui sont établies pour le salut de nos âmes, et dont Dieu nous a confié la garde."

Ensuite Justinien termine en disant : " Nous sanctionnons comme loi ce qui est défini par les canons."

" Si Justinien, dit Noël Alexandre, porta de nouvelles lois sur la dscipline ecclésiastique, elles n'ont eu de force que lorsqu'elles ont été reçues et approuvées par l'Eglise. Elles n'ont eu aucune force quand l'Eglise les a rejetées. Ainsi une loi de l'Empire permettait le mariage entre parents au second degré d'affinité, Saint Grégoire déclara cette loi nulle et elle fut annulée."

La loi civile défendait aux veuves de se remarier avant qu'un an fut écoulé depuis la mort du premier mari, Urbain III ne voulut pas que cette loi eut son effet.

Charibert, Childeric, Clotaire et plusieurs autres princes font des déclarations semblables et reconnaissent qu'ils sont chargés de faire observer les lois de l'Eglise.

Mais on cite des édits de rois de France qui défendaient certains mariages : édits de Henri II, de Henri III contre les mariages des mineurs contractés sans le consentement des parents :

"L'édit de Henri II contre les mariages des mineurs contractés sans le consentement des parents, et l'édit de Blois, de Henri III, contre les mêmes mariages, loin de prouver que ces princes s'arrogeaient le droit de faire des lois pour annuler ces mariages, prouvent qu'ils ne reconnaissaient pas avoir ce droit.

Voici l'édit de Henri II, de février 1556 :

"......... Avons dit......... que les enfants de famille ayant contracté et qui contracteront ci-après mariages contre le gré......... de leurs pères et mères, puissent pour telle irrévérence .... être par leurs dits pères et mères ....exhérédés.........Puissent aussi les dits pères et mères.........révoquer toutes donations qu'ils auraient faites à leurs dits enfants, etc."

Cet édit prouve que le roi ne s'arrogeait que le droit de statuer sur les effets civils du mariage.

Henri III, en confirmant l'ordonnance de Henri II, aux États de Blois, punit ces mêmes enfants de peines sévères, mais ne déclare pas non plus ces mariages nuls.

L'Empereur Napoléon, en s'adressant à Pie VII pour faire casser le mariage de son frère Jérôme, a reconnu aussi que ce n'était pas aux tribunanx de l'Empire à examiner et à juger cette cause.

On sait que Pie VII, ne reconnaissant pas au pouvoir civil le droit d'établir des empêchements, déclara ce mariage vrai, valide et indissoluble.

L'ancienne législation française, par rapport aux causes matrimoniales, n'est pas autre que celle du concile de Trente.

“ Conformément à la doctrine du Concile de Trente, disait Henri IV, nous voulons que les causes concernant les mariages soient et appartiennent à la connaissance et juridiction des juges de l'Eglise.” (Edit. de Henri IV, 1606, art. 12).

D'Héricourt, jurisconsulte français, nous dit : (Les lois ecclésiastiques de France, 5 Part. ch. 5, du mariage, 9, 25.) S'il s'agit du lien et du sacrement, il faut se pourvoir par l'official ecclésiastique sur les oppositions : mais si l'opposition est fondée sur les intérêts temporels, c'est devant le juge séculier que les oppositions doivent être portées. La voie ordinaire pour se pourvoir contre un mariage, c'est de s'adresser à l'official, qui est suivant les ordonnances, le juge du sacrement et du lien qui le forme.

Louis XIII reconnut cette juridiction de l'Eglise en portant la cause de Gaston d'Orléans devant le tribunal ecclésiastique.

Tout ce que nous venons de dire prouve donc que le mariage, d'institution divine, doit être laissé, en tant que contrat naturel et sacrement, sous la juridiction du pouvoir ecclésiastique ; que cette juridiction a été réclamée des Conciles, des Papes, des Théologiens, des Princes et de l'Eglise d'Angleterre elle-même.

C'est ce qui faisait dire à Benoit XIV, dans sa lettre au cardinal d'York, parlant de la loi de Théodose, qui défend le mariage entre les chrétiens et les juifs, que cette loi, en tant qu'elle a été portée par un prince laïque, ne doit avoir aucun effet sur les mariages ; mais qu'elle n'oblige que parce qu'elle est loi de l'Eglise.

C'est ce qui a toujours existé dans notre pays où les lois canoniques ont été adoptées relativement à ces matières, au point que la Cour Supérieure du Bas-Canada, siégeant aux Trois-Rivières, (Polette, Juge) avant de prononcer sur la validité d'un mariage, dans la cause de Vaillancourt vs. Lafontaine, (11 L. C. J. p. 305) ordonna aux parties de se retirer devant l'autorité ecclésiastique compétente pour y faire adjuger sur la validité canonique de leur mariage. En conséquence Mgr. Cook, évêque des Trois-Rivières, lança un décret pronon-

çant la nullité du mariage pour deux raisons. 1o. Parce qu'un mariage contracté devant un autre prêtre que le propre curé est nul. 2o. Parce qu'un mariage contracté malgré l'empêchement d'affinité au premier degré est également nul. Ce décret fut rapporté en Cour, laquelle, le 28 mars 1866 " vu la dite sentence du dit Evêque, déclarant le dit mariage radicalement nul, déclare et adjuge que le mariage contracté entre le Demandeur etc., est nul et de nul effet civil."

" Ainsi donc, dit M. Girouard, que nous aimons à citer, cette décision consacre le principe qu'il n'appartient pas aux tribunaux civils d'adjuger sur la validité d'un mariage avant d'avoir consulté l'Eglise, et que l'autorité civile ne peut dissoudre ce que l'Eglise reconnaîtrait comme valide. Cette procédure, d'ailleurs autorisée par un autre précédent fort ancien, aussi rapporté au Juriste, semble faire revivre parmi nous l'ancienne *officialité*."

" Loin de nous en plaindre, continue M. Girouard, nous applaudissons à ces arrêts, et nous formons des vœux pour qu'ils soient généralement suivis, et qu'ils finissent par former la jurisprudence du pays. Rien de plus raisonnable que le mariage qui, dans ce pays, est célébré, non pas par le ministère d'un officier civil, mais d'un ministre de la religion, suivant les rites de l'Eglise des parties, ne puisse être cassé, qu'après que cette même Eglise ait prononcé, parce qu'elle doit être juge de ses rites et de ses décrets ; et en exprimant cette opinion, nous ne voulons pas parler seulement de l'Etat catholique ; mais encore des congrégations protestantes."

En 1848, la Cour du Banc de la Reine, présidée par Rolland, Juge-en-Chef, Day et Smith, Juges, a aussi décidé : Que dans une action en nullité de mariage entre deux catholiques, fondée sur un empêchement d'impuissance, le tribunal civil ne peut pas prononcer la nullité de mariage avant qu'un décret de l'autorité ecclésiastique ait préalablement déclaré nul le sacrement. *Lussier* vs. *Archambault*. (11 L. C. J., p. 53.)

B. A. T. DE MONTIGNY.

(*A continuer.*)

LA THÉMIS

REVUE DE LÉGISLATION, DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE.

RÉDIGÉE PAR

L'HON. T. J. J. LORANGER.
B. A. T. DE MONTIGNY, Avocat.
E. LEF. DE BELLEFEUILLE, Avocat.
CHS. C. DE LORIMIER, Avocat.
EDOUARD A. BEAUDRY, Notaire.
JOSEPH DESROSIERS, Avocat.

VOL. I. DECEMBRE 1879. No. 11.

DU MARIAGE ET DU DIVORCE

Dans une cause de Bergevin dit Langevin, dont le jugement en nullité a été prononcé le 23 janvier 1872, l'hon. Juge Berthelot s'est aussi appuyé sur la nullité du sacrement déclarée par l'autorité ecclésiastique pour juger sur la nullité du mariage civil.

Une cause de Laramée vs. Laramée, où l'on demande à référer la question à l'Evêque du Diocèse, est maintenant en délibéré devant l'hon. Juge Papineau.

Ici se soulève la question de savoir si l'Ordinaire ou l'Evêque du Diocèse peut agir comme official, n'ayant pas d'officialité établie en Canada.

Cette question est de la plus haute importance ; aussi sentons-nous qu'elle doit être traitée par une plume autorisée. Nous ne doutons pas que l'hon. Juge Loranger, qui, dans ses commentaires sur le Code Civil, ne manquera pas de traiter à fond les questions majeures, jettera sur ce point la lumière qu'il a su répandre dans les pages déjà publiées dans *La Thémis*.

ecclésiastique. Et dans le canton de Neufchatel, où le mariage civil a été admis, la majorité des protestants s'en est montré fort affligée.

Aussi ne savons-nous pas comment notre ami, M. Girouard, a pu rédiger son projet de loi concernant le mariage entre beaux-frères et belles-sœurs, pour le faire accueillir avec faveur par la Chambre des Communes du Canada, qui nous semble avoir empiéter par-là et sur l'autorité religieuse et sur les attributions de la législature locale.

Et quelle serait la conséquence du mariage abandonné au libre arbitre des individus ?

Si le mariage est altéré dans sa nature les mœurs publiques se dépravent infailliblement. Si le mariage est laissé au caprice des individus, s'il n'est pas soumis à une autorité supérieure qui le régisse, il est radicalement impossible qu'il ne s'altère pas.

Le mariage est la source permanente d'où sort et se propage la population, et les rameaux qui en sortent ne seront pas doués des qualités qui manquent à la tige. Et à moins d'une sévère éducation les enfants suivront la conduite de leurs parents et se pervertiront davantage.

" Ainsi, dit Maréchal, la licence individuelle introduisant la dépravation dans le mariage, telle fut la source première d'où s'épancha cette fange qui convertit la terre en un immense cloaque. Cela posé, si les colonnes de la prospérité et de la splendeur des nations reposent sur les mœurs des peuples ; si les mœurs des peuples sont moulées sur les habitudes de la famille : si les habitudes de la famille sont pures ou dépravées d'après les conditions où se trouve le mariage ; si tout cela est vrai, chacun comprendra combien il importe à la société de maintenir pur et sans tache le principe fondamental de toute moralité publique, et d'en écarter non-seulement toute corruption, mais tout ce qui menacerait le moins du monde d'y apporter atteinte."

" Or, le mariage se dégradera inévitablement, s'il n'a pour sauvegarde que la sollicitude individuelle.

" L'individu, être mobile et passager, n'est fait pour assurer

l'intégrité ni l'immutation à quoi que ce soit sur la terre. Tout ce qu'on voudra faire dépendra uniquement de lui, portera l'empreinte de son imperfection, de ses variations. Il n'est rien de si vénérable ni de si sacré qu'il ne parvienne, même malgré lui, à profaner et à corrompre. Témoin la religion et le culte divin qui, sous le paganisme tombèrent si vite dans une dégradation générale. Le même fait se renouvelle aujourd'hui chez les peuples hérétodoxes, où l'on comptera désormais autant d'opinions religieuses que de têtes. Cette considération acquiert une force toute nouvelle, lorsqu'on l'applique au ma riage, par suite de la nature délicate de cette institution et de la fragile condition où l'homme se trouve par l'effet de la faute originelle. Cet objet touche aux sens de très-près, éveille, trouble et enflamme les sentiments avec une ardeur incroyable, se mêle et s'allie fortement à toutes les passions humaines. A quels dangers ne sera pas exposée cette institution, à quel degré d'avilissement ne descendra-t-elle pas infailliblement si elle n'est soutenue sans relâche par une main vigoureuse, si elle n'est réglée par les lois supérieures, qui vivent et agissent dans un principe d'ordre permanent."

" C'est dans l'individu que les passions subsistent et travaillent, l'homme déchu de l'innocence primitive a perdu l'énergie de sa nature, il est soumis à l'empire de la concupiscence, qui l'emporte souvent chez lui sur la raison. Considérez les passions, les infirmités et les faiblesses de l'homme, et dites si, par lui-même, il est capable de maintenir, dans sa stabilité et sa pureté, un établissement qui exige les efforts les plus puissants et les plus persévérants pour triompher de tout ce qu'il y a de plus indocile, de plus impétueux et de plus rebelle dans la nature ? Pour admettre la possibilité d'un pareil prodige il faudrait ignorer complètement la condition de l'homme, et supposer que sa nature n'a été lésée en rien par la faute du premier père."

Si l'on jette un regard dans l'histoire, cette grande institutrice des peuples, nous voyons qu'elle confirme ce que la religion nous enseigne ; ouvrons l'Ecriture, et nous y voyons que l'homme s'est plongé dans la chair et qu'il s'est rendu complè-

tement incapable de participer encore à l'esprit de Dieu : *Non permanebit spiritus meus in homine, quia caro est.* La malice des hommes s'est accrue au point que toutes les pensées sont constamment tournées vers le mal. *Videus Deus quod multa malitia hominum esset ad malum omni tempore.* Toute la terre est corrompue devant Dieu ; elle est pleine, elle est surchargée d'iniquités ; plus rien qui ne soit souillé : *Corrupta est terra coram Domino, et repleta est iniquitate... omnis caro corruperat viam suam.* (Gen. VI).

Aussi est-ce à la vue de tant d'iniquité que Dieu dit : Je me repens d'avoir fait l'homme : *Pænitet me facesse eos.*

L'Ecriture nous apprend elle-même et nous fait connaître la cause de cette dégradation : le genre humain s'était multiplié sur la terre, et les enfants de Dieu, (ainsi s'appelaient les pieux descendants de Seth) ne consultant que leurs passions, et voyant que les filles des hommes (c'est le nom qu'on donnait à la race impie de Caïn) étaient belles, choisissaient des femmes parmi elles: *Cunque cœpissent homines multiplicari super terram et filias procreassent, videntes filii Dei filias hominum quod essent pulchræ, acceperunt sibi uxores ex omnibus quas elegerant* (Gen. VI).

Les Grecs se contentèrent d'une seule femme tant que dura l'austérité de leurs mœurs ; mais à peine eurent-ils fait quelques progrès dans la civilisation qu'ils s'embourbèrent dans la fange. Philippe et d'autres rois avaient, sinon plusieurs femmes, du moins des concubines légales. Alexandre-le-Grand était déjà marié lorsqu'il épousa la fille de Darius, roi des Perses ; il en était de même de plusieurs de ses officiers, auxquels il fit épouser les filles les plus illustres, du pays conquis. Athènes aussi frappée du vide que la peste et la guerre avaient fait dans la ville, et désirant la repeupler, établit une loi qui permettait d'avoir plusieurs femmes. Socrate même voulut se conformer au décret, et ce sage si vanté ne recula point devant un double mariage. (Voy. Diagène Leërce, Vie de Socrate).

Nous ne rapporterons que ces faits, laissant à supposer quelles ont dû être les conséquences d'exemples si élevés.

A Rome, tant que la religion a gardé les mœurs publiques,

pendant les cinq premiers siècles de la République, aucun citoyen n'osa se permettre de répudier son épouse. Rome, dit Montesquieu, était un vaisseau tenu par deux ancres dans la tempête. la religion et les mœurs. (Esprit des lois, liv. III, ch. 13).

Mais quand la confarréation eut fait place à la diffaréation et qu'on eut remplacé le mariage religieux par le mariage civil, on put juger de quel faible secours sont les lois civiles sur le mariage quand elles ont perdu l'appui des lois religieuses. (Voyez de l'influence du Christianisme sur le droit civil Romain par Troplong). Lisez aussi Bélouino, " De la femme dans l'antiquité," pour connaître le précipice dans lequel on l'avait poussée.

Nous voudrions que l'espace et le temps nous permissent de nous transporter en Amérique, lors de la découverte de ce vaste continent, où le sort de la femme était celui de l'antiquité. Qu'on étudie la famille dans l'Océanie, l'Australie, en Afrique, en Egypte, dans les Indes, en Chine, au Japon, en Tartarie, en Perse et en Turquie, et l'on verra, en suivant dans les annales de la Propagation de la Foi, les rapports des missionnaires et des voyageurs, où en sont les mœurs non gardées par la sainteté du mariage. (Lisez Gaume : " De la famille)."

Transportons-nous en Europe. Après que Luther eut ôté au mariage chrétien son sublime caractère de sainteté et de haute moralité, il ne craignit pas de dire : " Il n'y a pas dans les lettres saintes le plus petit mot contre ceux qui prennent plusieurs femmes à la fois ; mais il y a beaucoup de choses qui sont permises et qu'on ne saurait décemment pratiquer : la bigamie est de ce nombre." Et c'est pour cela que ce chef d'une nouvelle religion permit à Philippe, landgrave de Hesse, d'avoir deux femmes à la fois.

Henri VIII ne tarda pas à profiter des exemples prêchés et suivis par les principaux chefs de la Réforme : Munzer, Carlostadt, etc., etc.

Hâtons-nous d'ajouter que la société protestante et les mœurs publiques opposaient encore une digue au torrent qui menaçait de tout emporter.

" Bientôt, dit Balmès, cette doctrine, si douce pour le cœur humain, se répandit, et de nombreux commentateurs ont écrit les choses les plus immorales, qui surpassaient ce qu'avaient écrit les philosophes païens. Collius, Bolmbrok, Tindal, Toussaint, Bayle, Voltaire, Rousseau et tant d'autres ont justifié les mariages clandestins ; ils ont avancé que le concubinage n'a rien de répréhensible, pourvu qu'il soit durable, qu'une union formée par le penchant du cœur est plus pure, plus sainte, plus estimable que celle qui n'est affermie que par la nécessité ; quelques-uns même désiraient que les femmes fussent communes ; enfin, d'autres ont pensé que la polygamie est une affaire de calcul."

" Bientôt ces théories passées dans les mœurs s'inscrivirent dans les codes. Mais vainement les gouvernements protestants entourent le divorce de difficultés, les passions ont su renverser ces faibles barrières et déchirer le contrat auguste qu'ils avaient appris à mépriser."

" Or, dit Maréchal, si la licence individuelle, quoiqu'elle n'ait jamais été complètement libre, n'a pu produire que la plus profonde dégradation, qui peut dire que les pouvoirs temporels soient suffisants à en réprimer les abus ? En enlevant au mariage sa base religieuse, la société se trouve obligée d'usurper des droits qui ne lui appartiennent pas, ou d'abandonner les mœurs publiques à une ruine certaine. Si le gouvernement civil prétend soumettre à ses lois le mariage considéré en lui-même et dans ses conditions intrinsèques, c'est un mal ; s'il abandonne cette affaire si importante à la mobile volonté des individus, c'est un autre mal non moins grand. Dans le premier cas, il y a usurpation des droits d'autrui, parce que le mariage, qui considéré en lui-même, appartient au triple domaine de l'individu, de la famille et de la religion, est antérieur, dès sa nature, à tous les rapports susceptibles d'être régis par les lois de l'Etat. Dans le second cas, on laisse périr les mœurs publiques, parce que le mariage en est la source première, et que les individus, par eux-mêmes, ne sauraient la préserver longtemps d'une complète dégradation."

La lettre encyclique de Notre Saint Père le Pape Léon

XIII, publiée depuis que ces pages sont écrites, jette un grand lustre sur toute cette question et confirme la théorie adoptée par les auteurs que nous avons cités.

Nous avons surabondamment prouvé que le mariage est du domaine de la religion et comme tel sujet à ses lois ; que l'Eglise, en effet, s'est toujours crue autorisée à faire des lois relativement à cette matière. C'est d'ailleurs ce qu'ont reconnu nos législateurs, qui, à l'art. 127 du Code Civil disent, après avoir reconnu les empêchements communs à toutes les églises que " les autres empêchements admis dans les différentes croyances religieuses, restent soumis aux règles suivies dans les diverses églises."

Voyons maintenant quel est le pouvoir de l'Etat sur le mariage, reconnu par l'Eglise. Après quoi nous examinerons quelles sont les lois qui étaient en force en France avant la cession et depuis la cession, relativement au mariage.

La Puissance séculière a le pouvoir de faire des lois pour régler les effets civils du mariage.

Dieu a donné à l'autorité temporelle le moyen de veiller à la sainteté du contrat conjugal, sans sortir de ses attributions et sans violer les droits des personnes. Cette organisation divine, qui semble le plus lier les mains au pouvoir civil en cette matière est la seule qui les lui délie véritablement, en le mettant en état de pouvoir veiller, lui aussi, en ce qui le concerne, à la sainteté du mariage contre les abus de la licence individuelle et protéger ainsi les mœurs publiques.

Pour atteindre ce but il n'a qu'à accepter les lois émanées de l'Eglise, les appuyer de sa sanction, les faire observer par les citoyens.

" Il n'y a pas de doute, dit Mazarelli, que le chef de l'état peut ajouter au contrat matrimonial certaines formalités en dehors desquelles ce contrat soit considéré comme nul pour les effets civils."

Les théologiens accordent au pouvoir civil le droit de régler les effets civils du mariage à la suite de Saint Thomas qui dit : lib. 4. *sentent. dist.* 34, 91 *art.* 1. *in resp. ad.* 4 : *Matrimonium*

in quantum est in officium naturæ statuitur jure naturæ; in quantum est in officium communitates, statutur jure civili; in quantum est sacramentum, statuitur jure divino. Et ideo ex qualibet dictarum legum potest persona effici ad matrimonium illegitima.

Il répète à peu près la même chose au liv. 3 *Contra gentiles.* Cap. 78.

Je vous accorde, dit le Rév. P. Braun, que celui qui contracte sans les formalités civiles sera une personne incapable de jouir des effets civils du mariage ; mais elle ne sera pas pour cela seul incapable du contrat sacré qui est la matière du sacrement de mariage. En voici la raison, d'après Saint Thomas: *Dicendum quod matrimonium non tantum est sacramentum, sed etiam est in officium. Et ideo magis subjacet ordinationi ministrorum Ecclesiæ, quiam Baptismus, qui est sacramentum tantum: quia sicut contractus et officia humana determinantur legibus humanis, ita contractus et officia spiritualia lege Ecclesiæ. Dist.* 40, *quest unic. art.* 4, *ad* 2.

" N'est-ce pas dire en termes équivalents que le contrat matrimonial est régi par les lois de l'Eglise parce qu'il est un contrat spirituel *in ordine ad sacramentum.* Que le pouvoir civil conserve donc son autorité ; personne ne la lui ravit. Qu'il déclare nul un contrat stipulé sans les formalités qu'il a prescrites, ce contrat sera-t-il nul ? Oui, qui le nie ! Il n'aura aucune valeur ; mais remarquez-le bien, il n'aura aucune valeur au for civil. Et qu'est-ce à dire qu'il n'aura aucune valeur au for civil ? Cela signifie qu'il ne donnera aux contractants, dans la société civile, aucune action légitime, parce que tel est uniquement le résultat de la nullité d'un contrat civil. Mais si l'Eglise juge que ce même contrat est valide au for de la conscience *in ordine ad sacramentum,* il sera matière valide du sacrement, et le mariage sera indissoluble aux yeux de l'Eglise. Et pourquoi ? Parce que ce n'est pas le contrat civil ; mais le contrat naturel, divin spirituel, ecclésiastique, qui est la matière du sacrement de mariage ; et ce sont les lois de l'Eglise qui régissent les contrats et offices spirituels. *Determinatur contractus et officia spiri-*

tualia lege Ecclesiæ. Prohibitio legis humanæ non sufficeret ad impedimentum matrimonii, nisi interveniret Ecclesiæ auctoritas, quæ idem etiam interdicit. S. Th. *in.* 4, *dist.* 42, 9, 11, *art.* 2, *ad* 4.

Telle est la doctrine de l'Eglise Catholique. Saint Thomas, Bellarmin, le Cardinal Gotti, le Cardinal Gerdil, Pontius et plusieurs autres nommés par Gonzalez, ont exposé et défendu cette doctrine.

" Que César, dit Pie IX, gardant ce qui est à César, laisse à l'Eglise ce qui est à l'Eglise.

" Que le pouvoir civil dispose des effets civils qui dérivent du mariage même; mais qu'il laisse à l'Eglise la validité du mariage entre chrétiens. Que la loi civile prenne pour point de départ la validité ou l'invalidité du mariage comme l'Eglise les détermine, et partant de ce fait qu'elle ne peut constituer, cela étant hors de sa sphère, qu'elle en règle les effets civils."

" Mais, dit Pothier, lorsque le prince, pour entretenir le concert qui doit être entre le sacerdoce et l'empire, a adopté et fait recevoir dans les Etats, les canons qui établissent les empêchements au mariage, l'approbation que le Prince donne, prive des effets civils, les mariages entachés d'empêchements dirimants."

" Les gouvernements, dit Sainte Foy, (Théologie à l'usage des gens du monde) peuvent régler et déterminer les conventions matrimoniales dont l'objet est purement civil, et prescrire certaines conditions dont l'absence les rend nulles, quant aux effets civils qui peuvent en résulter. De cette manière, chaque puissance est renfermée dans ses véritables limites: le sacrement (qui renferme le contrat naturel) appartient à l'Eglise, le contrat qui règle les droits civils des époux et de leurs enfants appartient à l'Etat, et l'harmonie, si nécessaire à la conservation et au développement des sociétés, est suffisamment garantie et entretenue."

C'est ce qui se pratiquait dans la France, lorsqu'elle nous donna ses lois et cette doctrine a été consacrée par notre jurisprudence et par nos législateurs.

Ici nous devons remarquer que si la minorité protestante,

dans la confection de nos lois, a été protégée par la majorité catholique, nous ne voyons pas pourquoi, en parlement, la minorité catholique ne serait pas protégée dans ses droits les plus chers et sauvegardés par les traités.

Nous avons, croyons-nous, suffisamment prouvé que le gouvernement civil a pouvoir sur ce qui est extrinsèque au mariage et sur ce qui regarde les effets civils.

Et on ne peut certes pas dire que l'Eglise ne se soumet pas aux conditions que lui impose l'Etat. Comme fonctionnaires civils les ministres du culte se font un devoir de se conformer aux prescriptions de la loi aussitôt qu'elle leur est connue.

De l'indissolubilité du mariage.

Il n'entre pas dans notre cadre d'examiner toutes les lois concernant le mariage. Il suffit de dire qu'elles sont en harmonie avec les principes que nous avons émis. Nous nous bornerons à les faire connaître relativement à l'indissolubilité du mariage.

Les Pharisiens demandant un jour à Jésus-Christ s'il était permis à un homme de renvoyer sa femme, pour quelque cause que ce soit, Notre-Seigneur leur répondit :

" *N'avez-vous pas lu que celui qui a créé l'homme au commencement créa un homme et une femme, et qu'il dit : Pour cette raison, l'homme quittera son père et sa mère et s'attachera à sa femme ; et ils seront deux dans une seule chair ? ainsi ils ne sont plus deux mais une seule chair.*

" Notre-Seigneur, dit le Concile de Trente, nous a clairement enseigné que, par le lien du mariage, deux personnes seulement sont unies, lorsque, rapportant ces dernières paroles: l'*homme quittera son père et sa mère*, comme prononcées par Dieu lui-même, il a dit : *Donc ils ne sont plus deux, mais une seule chair.*"

Cependant les Juifs n'étant point satisfaits, lui dirent : *Pourquoi donc Moïse a-t-il ordonné de donner un libelle de répudiation de renvoyer sa femme.* Et Jésus répond : *C'est à cause de la dureté de votre cœur, qu'il vous a permis de renvoyer vos femmes ; mais il n'en était pas de même dès le commencement.*

Or, je vous dis que quiconque renvoie sa femme et en épouse une autre se rend coupable d'adultère.

Suivant St. Ambroise : " Du vivant de votre première femme, il ne vous est pas permis d'en épouser une autre, car en chercher une seconde, quand vous en avez déjà une, c'est commettre un adultère."

Saint Jérôme expliquant le chapitre XIX de Saint Matthieu, dit que " le mari peut renvoyer sa femme qui est coupable d'adultère, mais qu'il lui est défendu, tant qu'il vivra, d'en épouser une autre."

Voici l'enseignement de Saint Thomas : " Puis donc que l'union du mari et de la femme représente l'union de Jésus-Christ et de l'Eglise, la figure doit répondre à la chose figurée. Or, l'union de Jésus-Christ et de l'Eglise est entre un seul et une seule qu'il doit posséder toujours ; car il n'y a qu'une seule Eglise, selon qu'il est écrit : *Une seule est ma colombe et ma parfaite ;* et Jésus ne sera jamais séparé de son Eglise ; car il dit lui-même : *Voici que je suis avec vous tous les jours, jusqu'à la consommation des siècles ;* et nous lisons encore : *Toujours nous serons avec le Seigneur.*

Le Mariage, en tant qu'il est un sacrement, doit donc exister entre un seul et une seule, qu'il possédera indivisiblement ; et cela entre dans le serment de fidélité, par lequel le mari et la femme se lient réciproquement.

Quand les Juifs prétendent que Moïse a ordonné de renvoyer sa femme, Jésus-Christ répond que Moïse n'a pas donné l'ordre, mais une simple permission qui ne leur faisait pas d'honneur ; il avait craint que la dureté de leur cœur ne les portât à tuer leurs femmes, qui leur seraient devenues odieuses, s'ils n'avaient pu s'en séparer.

On lit dans Saint Marc que Jésus dit aux Pharisiens et à ses disciples : " Que l'homme ne sépare point ce que Dieu a uni...... Quiconque quitte sa femme et en épouse une autre, commet un adultère à l'égard de celle qu'il a renvoyée ; et si une femme quitte son mari et en épouse un autre, elle se rend coupable d'adultère."

Et dans Saint Luc : " Quiconque renvoie sa femme et en

épouse une autre, commet un adultère ; et quiconque épouse celle que son mari a répudiée, commet le même crime."

L'Apôtre Saint Paul écrivant aux Corinthiens, dit : " Quant à ceux qui sont mariés, ce n'est pas moi, mais le Seigneur qui leur fait ce commandement : Que la femme ne se sépare point de son mari ; si elle s'en sépare, qu'elle reste sans se marier, ou qu'elle se réconcilie avec lui ; que le mari, de son côté, n'abandonne pas son épouse. La femme est liée à la loi du mariage, tant que son mari est vivant.

" Ces paroles de l'Apôtre, dit St. Augustin, souvent répétées, sont vraies, pleines de vie, salutaires, et n'ont pas besoin d'explication."

Les textes de l'Ecriture que nous avons cités sont clairs ; mais celui de Saint Matthieu présente quelques difficultés : " Quiconque renvoie sa femme, *si ce n'est pour cause de fornication*, et en épouse une autre, commet un adultère, et celui qui épouse la femme qui a été renvoyée, commet aussi un adultère."

Pour résoudre cette difficulté, dit le P. Braun, remarquons d'abord que la Sainte Ecriture ne peut pas être en contradiction avec elle-même. Il faut donc faire accorder ce passage de St. Matthieu avec ce que nous lisons dans St. Marc et dans St. Luc.

" Deux fois Notre-Seigneur a répondu que le mariage chrétien ramené aux lois primitives, ne pouvait pas se rompre. Il en conclut dans les termes les plus généraux que quiconque épousait une femme renvoyée par un autre devenait adultère. Donc, dans le cas de l'infidélité de son épouse, il autorise seulement l'époux à la renvoyer, et nullement à en prendre une autre, et le sens du verset de Saint Matthieu est celui-ci : Il est permis de renvoyer son épouse lorsqu'elle est infidèle, mais même en ce cas, si on en prend une autre, on est adultère."

" Telle est l'interprétation que les pères et les Conciles nous ont donné du passage de Saint Matthieu : " Quoiqu'il soit permis aux époux, dit le Concile de Florence, dans le décret d'Eugène IV, aux Arméniens, de se séparer pour cause de

fornication, il ne leur est pas permis pour cela de contracter un autre mariage, vu que le lien d'un mariage légitimement contracté est perpétuel."

" C'est aussi la doctrine d'Honorius, auteur du livre intitulé *Pasteur*, d'Athénagore, apologiste de la religion chrétienne, de Tertullien, de Clément d'Alexandrie, d'Origène, de Saint Basile, de Saint Ambroise, de Saint Jérôme, de Saint Chrysostôme, du Pape Innocent I, des Pères du Concile de Milève, de l'an 416, auquel assista Saint Augustin, etc."

" Ainsi, continue le P. Braun, pour résumer la réponse tirée de St. Matthieu, faisons remarquer que le passage en question renferme deux parties."

" La première comprend ce qui est permis au mari lorsque la femme a commis l'adultère, et la seconde, ce qui lui est défendu, même dans le cas d'une séparation légitime. Or l'exception : " Si ce n'est en cas d'adultère," ne tombe que sur la première partie, à laquelle elle se rapporte naturellement, comme si Notre-Seigneur eût dit : " Quiconque renvoie sa femme, hors le cas de fornication, commet un adultère ; et celui qui ayant renvoyé sa femme pour une cause quelconque même pour cause d'adultère, en épouse une autre, devient aussi coupable d'adultère. D'où l'on peut tirer cette conclusion, savoir : qu'il est permis au mari de renvoyer sa femme pour cause d'adultère ; mais qu'il lui est défendu d'en épouser une autre après l'avoir renvoyée ; ce qui s'accorde parfaitement avec ce que nous lisons dans Saint Marc, dans Saint Luc et dans Saint Paul."

Le Saint Concile de Trente a mis cette doctrine dans tout son jour par cette profession de foi : " Le premier père du genre humain, Adam, inspiré par le Saint-Esprit, déclara la perpétuité et l'indissolubilité du lien conjugal, quand il dit : *Voici l'os de mes os, et la chair de ma chair ; c'est pourquoi l'homme quittera son père et sa mère et s'attachera à son épouse, et ils seront deux dans une même chair.*"

Notre-Seigneur Jésus-Christ a enseigné plus clairement que par ce lien deux personnes seulement doivent être unies, un seul homme et une seule femme, lorsqu'après avoir rapporté

les paroles prononcées par Adam, il dit : *C'est pourquoi ils ne seront plus deux, mais une seule chair ;* et aussitôt il confirma la fermeté du nœud du mariage, déclarée par Adam si longtemps avant, en ajoutant ces mots : *Donc ce que Dieu a uni, l'homme ne le sépare point.*"

Mais le Concile ne s'en est pas tenu là et parmi les règles de foi touchant le mariage, il dit :

" Si quelqu'un dit que l'Eglise se trompe lorsqu'elle a enseigné et qu'elle enseigne, selon la doctrine Evangélique et apostolique, que le lien du mariage ne peut être dissous pour cause d'adultère de l'un ou de l'autre époux, et que l'un et l'autre, même celui qui est innocent, qui n'a donné occasion à l'adultère ne peut, pendant tout le temps que son conjoint est vivant, contracter un autre mariage ; que le mari se rend coupable, lorsqu'ayant renvoyé sa femme adultère, il épouse une autre femme, et que la femme se rend également coupable lorsqu'ayant renvoyé son mari adultère, elle épouse un autre mari, qu'il soit anathème."

Nous insisterons sur ce point parce qu'il est celui sur lequel s'appuient les adversaires de la thèse que nous soutenons. Et à peine de passer pour trop insister sur un point qui parait clair, nous citerons une autre interprétation de Bergier (Docteur en Théologie, Chanoine de la Métropole de Paris, sur le texte de l'Evangile qui a donné lieu aux divergences sur ce point) :

" Voyons donc, dit-il, s'il y a réellement de l'obscurité ou de l'opposition dans le récit des Evangélistes. Saint Marc (X, 7), dit : " Les Pharisiens vinrent tenter Jésus et lui demandèrent : Est-il permis à l'homme de renvoyer son épouse ? Il leur répondit : " Que vous prescrit Moïse ? " Il a permis, disent-ils, de lui donner un billet de divorce et de la renvoyer. Jésus répliqua : Cette ordonnance a été écrite à cause de la dureté de votre cœur ; mais à la création, Dieu n'a fait qu'un mâle et une femelle. Pour cette raison, l'homme quittera son père et sa mère pour s'attacher à son épouse, et ils seront deux dans une seule chair ; ainsi, ce ne sont plus deux chairs, mais une seule : que l'homme ne sépare donc point ce que Dieu a

uni. Quand Jésus fut chez lui, ses disciples l'interrogèrent de nouveau sur cette question, et il leur dit : Celui qui renvoie sa femme et en épouse une autre commet un adultère, et si une femme quitte son mari et en épouse un autre, elle commet un adultère."

Selon Saint Matthieu (XIX, 3) : Les Pharisiens, pour tenter Jésus, lui demandèrent s'il est permis à l'homme de renvoyer sa femme, *pour quelque cause que ce soit.* Il leur répondit : n'avez-vous pas lu que celui qui a fait l'homme au commencement, a créé l'un mâle et l'autre femelle, et a dit : Pour cette raison l'homme quittera son père et sa mère, etc., (comme dans Saint Marc) ils répliquèrent : Pourquoi donc Moïse a-t-il ordonné de faire un billet de divorce et de répudier ? Jésus leur dit : C'est à cause de la dureté de votre cœur que Moïse vous a permis de quitter vos épouses ; mais il n'en a pas été ainsi dès le commencement. Or je vous dis que quiconque renvoie sa femme, *si ce n'est pour fornication*, et en épouse une autre, commet un adultère, èt celui qui épouse une répudiée, est aussi adultère.

" Il suffit de confronter ces deux textes pour en voir l'accord et en prendre le véritable sens ; l'un sert à éclaircir l'autre. La question proposée par les Pharisiens, était de savoir ce qui était permis ou défendu par la loi de Moïse puisqu'il leur répond : " Que vous a ordonné Moïse ? "

" Ils demandaient si le divorce était permis par cette loi, pour quelque cause que ce fut, c'était le sens faux et abusif que les Juifs y donnaient.

" La réponse du Sauveur est donc relative à cette question ; il décide que le divorce n'est permis *par cette même loi*, que pour cause de *fornication*, et nous avons prouvé que tel est en effet le sens des paroles de Moïse.

" Mais il ne s'arrête pas là ; il remonte plus haut : il fait voir que par la loi primitive, portée par le Créateur *dès le commencement*, le divorce n'est permis dans aucun cas ; que les époux sont une seule et même chair ; que l'homme ne doit pas séparer ce que Dieu a uni ; que ceux qui font divorce et contractent un autre mariage, sont également coupables d'a-

dultère. Il est absurde de vouloir faire tomber sur cette seconde décision l'exception du cas de fornication; elle ne regarde que la question des Pharisiens touchant la loi de Moïse. Nous n'aurons pas de peine à le démontrer.

" 1o. Lorsque les disciples, retirés avec Jésus-Christ, l'interrogèrent de nouveau sur la même question, il ne s'agissait plus de la loi mosaïque, mais de la doctrine que les disciples allaient se trouver chargés d'enseigner. Or, le Sauveur leur dit formellement et sans restriction: Celui qui quitte sa femme et en épouse une autre commet un adultère, etc. Aussi Saint Luc, sans faire mention de la question des Pharisiens, ou de celle des disciples, met dans la bouche du Sauveur cette sentence absolue, (Luc. XVIII, 18): " Quiconque renvoie sa femme et en épouse une autre est adultère, et celui qui en prend une renvoyée par son mari est aussi adultère." Si Jésus-Christ y avait mis une exception, et que Saint Luc l'eut supprimée, il aurait induit les fidèles en erreur.

" 2o. Saint Paul enseigne la même doctrine (1. Cor. VII, 10). Quant à ceux, dit-il, qui sont engagés dans le mariage, j'ordonne, non pas moi, mais le Seigneur, qu'une femme ne quitte point son mari; que si elle le quitte elle demeure dans le célibat, ou qu'elle se réconcilie avec son mari. Que l'homme de même ne renvoie point sa femme." Point de restriction, ni d'exception.

" Cependant l'apôtre emploie le chapitre tout entier à instruire les Corinthiens touchant les devoirs des personnes mariées et ceux des célibataires. Accuserons-nous St. Paul et St. Luc d'avoir poussé la sévérité de la morale chrétienne plus loin que Jésus-Christ lui-même?

" 3o. Il n'est pas possible qu'après avoir reproché aux Juifs que la permission de faire divorce pour cause de quelque turpitude, ne leur avait été accordée qu'à cause de la dureté de leur cœur, après leur avoir rappelé la loi primitive et naturelle de l'indissolubilité du mariage, après avoir conclu son discours par cette sentence absolue: " Que l'homme ne sépare pas ce que Dieu a uni," Jésus-Christ a néanmoins conservé, pour les chrétiens la même permission que Moïse avait

donnée aux Juifs. Soutiendrait-on que ce n'est pas Dieu qui a uni un homme et une femme, dès qu'il a prévu que celle-ci se rendrait coupable dans la suite de quelque turpitude contraire à l'honnêteté et à la sainteté du mariage ?

" 4o. Ce divin Maître décide que *celui qui épouse une répudiée commet un adultère.* Saint Matthieu et Saint Luc, nous l'apprennent. Cette sentence serait-elle juste si le mariage était dissous par le divorce fait pour cause de turpitude ou de fornication ? Le second mari n'a point eu de part au crime de la femme répudiée, on peut l'accuser de manquer d'honneur et de délicatesse en l'épousant ; mais en quel sens peut-on lui reprocher un adultère ? Cette seule sentence du Sauveur renverse de fond en comble toutes les fausses interprétations.',

Hincmar, l'oracle du 9e siècle dit : " L'homme et la femme séparés, s'ils s'unissent à d'autres, commettent un adultère, les Papes, les Conciles, les Pères et tous les docteurs catholiques sont d'accord sur cette vérité évangélique et de doctrine apostolique." (Voyez l'accord de la Révélation et de la raison contre le divorce, par l'abbé de Rastignac).

" Il y avait, dit Troplong (de l'influence du Christianisme sur le droit civil des Romains) au-dessus des lois et de la philosophie, une puissance qui venait tendre la main à l'humanité dégradée, c'était le christianisme. En lui, était la force qui régénère et le courage qui entreprend."

" La loi qu'il apportait sur l'indissolubilité du mariage avait été formulée dans le sermon sur la montagne, *et moi je vous dis que quiconque aura épousé celle que son mari aura renvoyée commet un adultère*, (Saint Matthieu, ch. V. No. 32 et aussi le ch. XIX)."

" L'Eglise, dit Tertullien (*conciliat Ecclesia conciliat et confirmat oblatio*) prépare le mariage et en dresse le contrat, l'oblation des prières le confirme, la bénédiction en devient le sceau : Dieu le ratifie. Deux fidèles portent le même joug, ils ne sont qu'une même chair, qu'un même esprit, ils jeûnent ensemble, ils sont ensemble à l'Eglise, à la table de Dieu, dans les traverses et dans la paix."..........

" Celui qui épouse l'épouse divorcée commet un adultère

tout aussi bien que s'il avait avec elle un commerce illégitime. (*De monogamia*). Voyez aussi Saint Jérôme, *Epist. ad amandum.* Depuis le sixième siècle, les Conciles ont suivi la doctrine de l'indissolubilité du mariage."

Le Concile de Frioul, tenu sous Charlemagne, sur la fin du huitième siècle, canon 10, porte : *Placuit ut resoluto fornicationis causa, pigali vinculo, non licent viro, aliam uxorem ducere.*

Le Concile de Nantes, dit, au canon douzième : *Si cujus uxor adulterim perpetravit, et hoc à viro deprehensum fuerit et publicatum, dimittat uxorem...... vir vero ejus, illa vivente, nullatenus aliam accipiat.*

Le Concile de Tribur, près Mayence, l'an 895, dans le canon 46, parle du cas d'une femme répudiée par son mari pour cause d'adultère, et poursuivie criminellement ; et à la fin de ce canon, il dit : *Maritus vero quam dici ipsa vivat, nullo modo uxorem ducat.*

Le Concile, tenu à Trosli, en Gog, au canon 8, dit : *Uxor nunquam propter homum separando, et si fornicata fuerit, et vir ejus voluerit, dit mittenda ; sed illa vivente, altera non ducenda, quia adulteri regnum Dei non possedebunt.*

Pothier, duquel nous empruntons ces citations dit : " On peut ajouter à ces autorités le suffrage unanime des auteurs ecclésiastiques qui ont écrit depuis le 6e siècle sur ces ma tières, lesquels ont enseigné, en termes formels, que l'homme qui avait répudié sa femme, quoique pour cause d'adultère, ne pouvait pas du vivant de cette femme, en épouser une autre ; tels sont, dans le 7e siècle, Bede, sur le Chap. 10 de Saint Marc ; dans le 9e siècle : Jonas, Evêque d'Orléans, Hincmar de Rheims, dans son ouvrage du divorce de Lothaire, et de Heutberge, Paschase Rotbert, sur le chap. 19 de Saint Matthieu ; Yves de Chartre, dans la lette 125e à Dambert de Lens. L'auteur de la Tradition, sur le mariage a recueilli ses témoignages, où on peut les voir, ou encore dans les livres originaux."

" Le Droit canonique moderne, continue Pothier, n'est pas moins décisif que l'ancien pour la doctrine de l'indissolubilité

du mariage sans aucune exception, même dans le cas du divorce pour cause d'adultère."

Cette doctrine est enseignée dans le décret de Gratien; cet auteur, *causà* 32 *quæst* 7 rapporte à son ordinaire les raisons pour et contre; après avoir rapporté celles sur lesquelles elle établit la Doctrine de l'indissolubilité, il dit : *His autoritatibus avidentissime monstratur, quod quicumque fornicationis causà uxorem suam dimiseri, aliam illà vivente ducere non poterit, et si duxerit reus adulterie eris.*

Le Droit de Décrétale est pareillement conforme à cette doctrine, en conséquence Alexandre 3 *cap.* 5 *Exl de divort*, décide qu'un mari, qui, après s'être séparé de sa femme, pour cause d'adultère, s'était, du vivant de cette femme remarié à une autre, devait être condamné à retourner avec la première qu'il avait quittée.

Dans le 15e siècle, Eugène IV, dans le Concile de Florence, dit nettement que l'adultère ne donne lieu qu'à la séparation d'habitation et qu'elle ne peut dissoudre le lien.

Enfin nous avons vu qu'elle était la doctrine du Concile de Trente sur cette matière, dans son canon septième, et concluons avec Guyot: " que pour l'Eglise latine, il faut regarder l'indissolubilité du mariage comme une maxime inviolable fondée sur le dogme. Un mari qui aurait quitté sa femme adultère et en aurait épousé une autre ne serait pas seulement tenu de la reprendre, il serait encore poursuivi et puni comme bigame."

Nous avons jeté un coup-d'œil sur la dégradation où se trouvait la société romaine sous le paganisme. " L'avènement de Constantin plaça son point d'appui principal, ostensible, direct dans le Christianisme. Ce furent les Evêques, les Pères de l'Eglise et les Conciles, qui donnèrent l'impulsion réformative et accélérèrent sa marche.

" On pourrait croire, dit Troplong, (de l'influence du Christianisme sur le Droit civil des Romains) que lorsque le Christianisme fut armé de la puissance séculière, il n'eut plus qu'un mot à prononcer pour promulguer dans les Codes de l'empire les maximes de l'Evangile sur l'indissolubilité du

mariage. Cependant ce mot ne fut pas dit : c'est que le monde temporel ne saurait être gouverné par les mêmes moyens qu'une société de spiritualistes dévoués. Les grandes révolutions morales ne s'opèrent pas par un coup de main. Un pouvoir sage ne les brusque pas ; il les prépare par des essais et des tentatives partielles...... Le Christianisme n'a pris pleine possession de la société civile que dans le moyen-âge, lorsque les vieilles races ont été rajeunies par le mélange d'hommes nouveaux. Avant ce temps, il avait plutôt négocié et transigé avec elle qu'il ne l'avait complètement dominée.

" La politique de Constantin sur la répudiation en est une preuve éclatante. Quelqu'ait été son dévouement à la Foi Chrétienne, jamais il n'osa imposer à ses peuples si divers d'origine, de religion, d'habitudes, la prohibition absolue du divorce...... L'Eglise, du reste, ne parait pas avoir désapprouvé sa conduite. Contente, pour le moment, de maintenir dans l'ordre spirituel la pureté de ses doctrines, elle ne s'opposa pas à ce que le pouvoir temporel entrât dans un régime mixte, dans un système de concession. On ne s'étonne donc pas que la Législation civile ait marché en tâtonnant dans une voie où les chefs de l'Opinion religieuse paraissaient disposés à faire provisoirement la part de la faiblesse contemporaine, et à ne pas tirer encore toutes les conséquences des prohibitions de la loi chrétienne...... Le vieux droit l'emporta même sur le nouveau, sous Justinien, et la civilisation fit un pas rétrograde ; elle reculera bien plus encore au début du moyen-âge, lorsque les barbares souilleront le lit nuptial et troubleront les familles par l'inceste, la polygamie, le divorce. Mais de l'excès du mal surgira une salutaire réaction, et le mariage tel que l'a conçu la doctrine de Jésus-Christ, sortira victorieux de cette lutte et servira de type aux législations modernes."

Maintenant, quelle était la loi suivie en France, relativement à l'indissolubilité du mariage.

" L'abbé Fleury, disait en 1692, que Alaric roi des Goths, publia le Code Théodosien, en la ville d'Aire, en Gascogne, en l'an 506...... pour être ponctuellement observé. Ensuite,

le Roi Clovis convoqua plusieurs Concile, à Orléans et ailleurs, où il fut fait divers réglements ecclésiastiques. Charlemagne, maître de l'empire Romain, assembla plusieurs Conciles dont les décisions firent le premier livre des Capitulaires.

"Ensuite, le Pape Adrien fit un présent à Charlemagne d'un livre appelé "*Le Code des Canons*" que cet Empereur fit observer dans ses Etats, et il en usa de même à l'égard du code Théodosien, tel qu'il avait été publié par Alaric, lequel il approuva, la vingtième année de son empire, comme il est marqué à la fin du Commonitoire du Roi Alaric qui est à la tête du Code Théodosien ; de sorte qu'il paraît que pendant la première et la seconde race de nos rois, on observait, en France, les lois antiques des peuples vainqueurs, celle des Romains, contenue dans le Code Théodosien, les Capitulaires de Charlemagne et de ses enfants, les constitutions canoniques, contenues dans la collection des canons de l'Eglise Universelle."

Charibert, Chilpéric, Clotaire et plusieurs autres princes déclarent et reconnaissent qu'ils sont chargés de faire observer les lois de l'Eglise.

Or, nous avons vu quelle était la doctrine de l'Eglise sur l'indissolubilité du mariage. Donc pourrions-nous conclure, la loi de l'indissolubilité est passée dans la Législation française. Mais il y a plus, c'est que la loi civile s'en est elle-même expliquée dans les capitulaires de Charlemagne où le canon 102 du Code de l'Eglise d'Afrique, défendant expressément le divorce, a été inséré.

"Denis-le-Petit, dans sa collection des canons, dit Pothier, (mariage 491) a inséré par abrégé le Code de l'Eglise d'Afrique. Le canon que nous venons de rapporter, s'y trouve sous le titre *Tituti diversorum canonum Africanæ Ecclesiæ* à l'art. 102, en ces termes : *De his aut uxores aut quæ vivos dimittunt ut sic maneant* (*supple innupti quemdiu vivit persona dimissa.*)"

"Cet auteur qui florissait sur la fin du cinquième siècle et au commencement du sixième n'ayant inséré, dans sa collection, que les canons qui étaient alors universellement reçus

dans l'Eglise où en conséquence sa collection depuis qu'elle a paru, a été de la plus grande autorité, il s'ensuit que la doctrine de l'indissolubilité du mariage, sans aucune exception, que renfermait le canon ci-dessus cité, qui se trouve dans cette collection, était, dès le temps qu'elle a paru, un point de discipline universellement reconnu dans l'Eglise d'Occident."

" Ce canon et la doctrine qu'il renferme ont reçu une nouvelle autorité par les Capitulaires de Charlemagne, où il a été inséré. On le trouve dans la collection de l'Abbé Andegise liv. I, art. 42, en ces termes : *Item ex eodem* (*concilio Africano*) *ut nec uxor a viro dimissa alium accipiat virum*, *vivente viro suo*, *nec vir aliam accipiat uxorem vivente priore*."

Les lois de l'Eglise, sur l'indissolubilité du mariage, ont été tellement respectées par les Rois de France, et on les a toujours tellement admis, que pas un de ces Princes n'a cru devoir en parler avant la cession de notre pays à l'Angleterre.

Mais sous la domination française, nos lois concernant le mariage ont-elles été changées ?

L'édit de 1663, ayant donné au Conseil Souverain de Québec, qu'il créait, pouvoir de connaître de toutes causes civiles.... *selon les lois et ordonnances du Royaume*, les lois concernant le mariage, en force avant 1663, furent donc celles qui y furent admises, or nous venons de voir que les lois concernant l'indissolubilité du mariage (et nous aurions pu dire les lois concernant le mariage) avaient été sanctionnées par les Ordonnances et les Edits.

Après 1663, y a-t-il eu des Ordonnances Royales concernant le mariage qui ont été enregistrées au Conseil Supérieur de Québec, et qui ont changé l'ancienne loi sous ce rapport ? Ou bien ceux qui avaient pouvoir de faire des lois en Canada, ont-ils dévié sur cette matière des lois existantes ?

On voit bien l'Ordonnance de 1667, et d'autres lois relatives à la preuve des mariages, à la tenue des Registres, pour l'encouragement des mariages ; mais rien qui change les dispositions de l'ancien droit quant à l'indissolubilité du mariage.

Donc, pendant toute la domination française, nous avons conservé les lois françaises telles qu'elles nous avaient été

données par la mère-patrie, lois d'indissolubilité, aux yeux de la religion et aux yeux de l'Etat.

Concluons donc que lorsque la France nous donna ses lois et tout le temps où nous avons été sous sa domination, les lois de l'Eglise, comme les lois de l'Etat, regardaient le mariage comme tout à fait indissoluble. Et soit que nous examinions cette question au point de vue religieux ou au point de vue civil, il est impossible à un catholique, de briser le lien du mariage du vivant de son conjoint.

Et depuis la cession du Canada à l'Angleterre quelles sont les lois qui nous régissent sous ce rapport ?

Nous prenons d'abord la Capitulation de Québec et nous y voyons qu'on y accorde, art. VI. " Que l'exercice de la Religion Catholique Apostolique et Romaine sera conservée."

La Capitulation de Montréal, art. XXVII, dit : " Le libre exercice de la Religion Catholique Apostolique et Romaine subsistera en son entier.........

Par le traité de paix conclu entre la France et l'Angleterre, " Sa Majesté Britannique consent à accorder la liberté de la Religion Catholique aux habitants du Canada. Elle donnera, en conséquence, les ordres les plus efficaces, que ses nouveaux sujets catholiques romains puissent professer le culte de leur religion, selon les rites de l'Eglise de Rome.

L'acte de Québec 1774, est encore plus formel. " L'art. V, accorde la jouissance du libre exercice de la Religion Romaine, et le clergé de la dite Eglise pourra tenir, recevoir et jouir de ses dûs et droits accoutumés, eu égard seulement aux personnes qui professent la dite religion."

Voilà pour notre religion.

Quant à nos lois civiles elles nous sont transmises d'une manière non moins équivoque.

La Capitulation de Montréal, art. XLII, dit :

" Les Français et Canadiens continueront d'être gouvernés suivant la coutume de Paris et les lois et usages établis pour ce pays."

L'acte de Québec 1774, art. VIII, en établissant que tous sujets Canadiens pourront aussi posséder leurs biens et pro-

priétés, jouir de tous les usages et coutumes qui les concernent, et de tous leurs droits de citoyens, d'une manière aussi étendue et aussi avantageuse que si les dites proclamations, commissions, et ordonnances et autres actes et instructions n'auraient point été faits, dit que dans toutes les affaires en litige, qui concernent leurs propriétés et leurs droits de citoyens, ils auront recours aux lois du Canada... et que tous procès y seront jugés eu égard à telles propriétés, et à tels droits, en conséquence des dites lois et coutumes du Canada.

Voilà pour nos lois civiles.

Ainsi, en ne considérant pas même la loi du mariage comme consacrée par les lois civiles, puisque, d'après ces articles, les catholiques peuvent *avoir*, *conserver et jouir du libre exercice de la religion de l'Eglise de Rome*, le mariage qui, à leurs yeux, est un sacrement, doit donc, pour eux au moins, être régi d'après les lois ecclésiastiques, puisque d'ailleurs, d'après ces mêmes articles, *le clergé de la dite Eglise peut tenir*, *recevoir et jouir de ses dûs et droits accoutumés.*

Or, d'après les lois ecclésiastiques, les matières concernant le mariage sont du domaine de l'Eglise ; mais il y a plus, c'est que d'après les mêmes articles, puisque les Canadiens pourront jouir de *tous leurs usages et coutumes* et de tous *leurs droits de citoyens*... le droit qui résulte du mariage étant un droit sacré pour eux, droit d'où découle la légitimité et qui appartient, comme nous l'avons vu, au triple domaine de la famille, de l'individu, et de la religion, il doit donc, en ne le considérant qu'au point de vue civil, être soumis aux règles de l'ancienne législation française qui, sous le rapport de l'indissolubilité du mariage, concordait en tous points avec la loi ecclésiastique.

Mais depuis la cession, y a-t-il eu des lois qui ont changé les lois déjà existantes sur le mariage ?

Nous voyons bien des dispositions relativement à la tenue des Registres, à la preuve des mariages, au dépôt de ces Registres, à la procédure sur les oppositions au mariage, à la tenue des Registres par certaines Congrégations religieuses ; nous voyons aussi que le titre 20 de l'Ordonnance de 1667,

concernant la manière de parapher les Registres, a été changée ; mais nulle part nous ne voyons de changements aux lois françaises concernant le mariage même, et attaquant l'essence du Sacrement.

Cependant, entendons-nous, les lois sur le mariage n'ont pas été changées, quant au Sacrement ; mais nos statuts ont reconnu le mariage accompli d'après les règles des diverses religions qui se partagent notre pays. Ces dispositions sont passées dans notre Code. Ces modifications, sans enlever au mariage son caractère religieux ; mais au contraire le reconnaissant expressément, sont " le résultat de nos circonstances et de notre état social, empêchant l'adoption, sur le sujet du mariage, de règles uniformes et particulières, applicables à tous les habitants de la Province où se rencontre un nombre si varié d'usages, de religions, et d'associations religieuses, ayant des coutumes et pratiques différentes, et possédant des ministres autorisés à célébrer les mariages et à en rédiger les actes." (Rapport des Codificateurs).

Notre Code a considéré le mariage comme un acte religieux et les Commissaires en ont soumis les formalités et certains empêchements aux différentes croyances religieuses, et ces empêchements restent soumis aux règles suivies jusqu'ici dans les différentes églises et sociétés religieuses. Ce n'est que lorsque les formalités religieuses sont accomplies que le mariage est soumis à certaines conditions civiles et générales pour avoir les effets civils.

Or pour les mariages entre catholiques, les lois n'ont pas été changées, et c'est ce qu'expriment les Commissaires dans leurs observations préliminaires au titre du mariage.

" Dans la vue de conserver à chacun la jouissance de ses usages et pratiques suivant lesquels la célébration du mariage est confiée aux ministres du culte auquel il appartient, sont insérées dans ce titre plusieurs dispositions qui, quoique nouvelles quant à la forme, ont cependant leur source et leur raison d'être dans l'esprit sinon dans la lettre de notre Législation."

Dans tous les cas, il est certain que, quant à ce qui touche

l'essence même du mariage, le Code n'a rien changé relativement aux catholiques, ni à l'ancienne loi, ni aux canons de l'Eglise, et elle a consacré encore plus expressément les décisions des canons dans l'art. 150, où il est déclaré, selon le Concile de Trente, que le manque de consentement des parents au mariage d'un mineur, ne le rend pas absolument nul, mais annulable.

Quant au caractère d'indissolubilité du mariage, notre Code, article 118, l'a reconnu de la manière la plus énergique. " On ne peut, dit cet article, contracter un second mariage avant la dissolution du premier."

Or, comment d'après ce même Code s'opère cette dissolution ?

L'art. 185 répond dit : " Le mariage ne se dissout que par la mort naturelle de l'un des conjoints ; " et les législateurs semblent avoir appuyé sur ce point en ajoutant : " Tant qu'ils vivent l'un et l'autre, il est indissoluble."

Motifs et nouvelles preuves de l'indissolubilité du mariage.

Quoique pour nous, catholiques, nous n'ayons pas à discuter les motifs du dogme de l'indissolubilité du mariage, nous allons faire connaître les motifs de cette grande loi de la société domestique.

" Dès l'origine du monde, dit le P. Braun, le mariage a été déclaré indissoluble. Mais pour quelle raison ? Parcequ'il figurait le mystère de l'ineffable union de Jésus-Christ avec son Eglise. D'après la doctrine du grand Apôtre, le mariage entre chrétiens est un grand sacrement en Jésus-Christ et en son Eglise, en ce qu'il représente, de la manière la plus parfaite possible, le mariage du Fils de Dieu avec son épouse qui est l'Eglise. Or, le Fils de Dieu s'est uni à son Eglise pour toujours, non-seulement pour le temps, mais encore pour l'éternité. Il ne quittera jamais la sainte humanité dont nous sommes les membres ; il l'a fait asseoir avec lui sur son trône, à la droite de son Père, et elle y sera éternellement. Donc, le mariage chrétien forme un lien indissoluble entre l'époux et l'épouse."

" Le mariage est un sacrement. Il n'est pas seulement d'institution divine ; mais il est lui-même une chose divine, comme tous les sacrements. Ses conditions essentielles ne sauraient être modifiées, encore bien moins changées ; et l'homme ne peut y toucher sans se rendre coupable de sacrilége. Qui donc pourrait avoir le droit de modifier ou de changer les conditions essentielles d'un mystère ou d'un sacrement, lorsque l'Eglise elle-même déclare qu'elle ne peut rien sur la substance même des sacrements. " Or, Jésus-Christ nous enseigne que l'homme ne doit point séparer ce que Dieu a uni. Le lien du mariage est donc indissoluble."

" Le mariage étant indissoluble de droit divin, le divorce avec la faculté de se remarier ne peut être autorisé par aucune loi, ni pour cause d'adultère, ni pour toute autre cause. Vous chassez votre épouse, disait Saint Ambroise, et vous pensez que c'est votre droit. Mais, si la loi des hommes le permet, celle de Dieu le défend."

Il n'y a pas qu'aux yeux de la foi que les motifs de l'indissolubilité sont puissants ; mais même aux yeux de la raison ils sont irrécusables, et nous allons examiner maintenant si la loi du divorce n'est pas contraire à la nature même du mariage, une violence sur les droits acquis des époux, une violation des principes d'ordre social, un attentat à la loi de Dieu.

Le contrat de mariage, même au point de vue civil, est un contrat revêtu des formes prescrites par les lois, par lequel un homme et une femme, habiles ensemble à faire ensemble ce contrat, s'engagent réciproquement à être l'un à l'autre *toute leur vie* ensemble dans l'union qui doit être entre un époux et une épouse. Or, à ne le considérer que comme contrat, puisque les époux ont contracté le mariage pour toujours, comment un des époux pourrait-il prétendre pouvoir ensuite le dissoudre ?

Le termes mêmes de la cérémonie indiquent cette indissolubilité. Quel est, en effet, le contrat des conjoints aux yeux même des Protestants ? " You, (dit le ministre, s'adressant au mari,) take the woman, whom you hold by the hand, to

be your lawful and married wife ; and you promise and convenant in the presence of God and these witnesses, that you will be unto her a loving and faithful husband *until you shall be separated by death :* et le mari répond : " yes, I do " et on fait la même question à la femme qui répond de même.

Le Prêtre catholique demande à l'homme : Prenez-vous E... pour votre femme et légitime épouse ? Oui. Or qu'est-ce qu'est pour le catholique " une légitime épouse ? " c'est comme le disait Adam : *Hoc nunc os ex ossibus meis et caro de carne meæ... et erunt duo in carne una.*

" Le mari qui aime sa femme, dit Saint Paul, s'aime lui-même "...... " *quod Deus conjunxit homo non separet.*"

Le lien du mariage, dit M. de Bonald, légitiment et légalement contracté est, indissoluble parce que les parties, réunies en un corps social, intérieurement unies par la religion, extérieurement liées par l'Etat, ont perdu leur individualité, et n'ont plus de volonté particulière qui sépare, à opposer à la volonté sociale qui unit : le divorce suppose des individus, et le mariage fait, il n'y en a plus.

Avant le mariage, dit Guyot, l'homme et la femme appartiennent à la société, ils sont l'un et l'autre un objet de conquête auquel chaque individu qui la compose peut légitimement aspirer, en se conformant aux lois établies ; mais après qu'il est contracté, il se forme autour des époux un rempart qu'ils ne peuvent franchir eux-mêmes sans se rendre coupables envers eux et envers la société.

Si on l'examine au point de vue des contrats purement civils, un des principaux effets du mariage n'est-il pas de se donner l'un à l'autre ? Or n'est-il pas de l'essence de la donation d'être irrévocable ?

Et d'ailleurs, le mariage produit des effets qui ne concernent pas seulement les époux, et comme pour tous les autres contrats, les droits des tiers ne peuvent pas être sacrifiés. Or dans le mariage la société est intéressée à son indissolubilité et les enfants sont aussi intéressés à ce même caractère.

" Le mariage, dit encore M. de Bonald, est l'engagement

que prennent deux personnes de différents sexes, de s'unir pour former une société appelée famille."

" L'union de tous avec tous indistinctement, est la promiscuité des brutes ; l'union successive d'un avec plusieurs est la polygamie, la répudiation, le divorce ; l'union indissoluble d'un avec un, est le mariage chrétien d'autrefois, aujourd'hui catholique : toutes les formes de mariage se réduisent donc à unité d'union ou pluralité d'union."

" Ainsi, comme la promiscuité est l'union des êtres animés les plus parfaits, des brutes, il semble que l'union indissoluble, qui est l'autre extrême, doit être l'union des êtres animés les plus parfaits, des hommes ; et que les états intermédiaires entre ces deux états seront plus ou moins parfaits, selon qu'ils se rapprocheront de l'un ou de l'autre : vérité universellement convenue, puisque les adversaires de l'indissolubilité ne lui reprochent que sa perfection."

" Si le mariage humain est une union avec engagement de former société, il diffère essentiellement du concubinage, qui est une union sans engagement de former société, et plus encore du libertinage vague, qui est une union avec dessein de ne point former de société."

" La fin du mariage n'est pas le bonheur des époux, si par bonheur on entend, comme dans une idylle, le plaisir du cœur et des sens, que l'homme amoureux de l'indécence trouve bien plutôt dans des unions sans engagement."

" La Religion et l'Etat n'envisagent, dans le mariage, que les devoirs qu'il impose, et ils ne le regardent que comme l'acte de fondation d'une société, puisque cette société à venir est dans le sacrement, l'objet des bénédictions de la religion, et dans le contrat civil, l'objet des clauses que ratifie et garantit l'Etat."

" Les motifs de l'indissolubilité sont pris de la société domestique et de la société publique, parce que le mariage est à la fois domestique dans son principe, et public dans ses effets."

1o. Le mariage est une société *éventuelle*, et la famille une société *actuelle*. La nature n'a pas fixé le terme de cette éventualité, et lors même que le mariage n'atteint pas son

but social et que les enfants ne surviennent pas, il n'y a pas de raison suffisante de rompre le premier engagement pour en former un autre, puisque la fécondité du second mariage est tout aussi éventuelle que celle du premier. Dès que l'enfant est survenu, le but est rempli, et la société, d'éventuelle, est devenue actuelle."

" Ainsi tant que le mari et la femme n'ont point d'enfants, il peut en survenir ; et le mariage n'étant formé que pour les enfants à venir, il n'y a pas de raison de rompre le mariage. Lorsque les enfants sont survenus le mariage a atteint sa fin, et il y a raison de ne pas le rompre."

" 2o. Les raisons, contre le divorce, tirées de la société publique sont encore plus fortes que celles qui sont prises de la société domestique."

" Le pouvoir politique ne peut garantir la stabilité des personnes domestiques sans les connaître ; de là, la nécessité de l'acte civil, qui fait connaître l'engagement de l'homme et de la femme, et de l'acte de naissance qui fait connaître le père, la mère et l'enfant."

" Mais le pouvoir politique n'intervient, par ses officiers, dans le contrat d'union des époux, que parce qu'il représente l'enfant à naître, seul objet social du mariage, et qu'il accepte l'engagement qu'ils prennent, en sa présence et sous sa garantie, de lui donner l'être. Il y stipule les intérêts de l'enfant, puisque la plupart des clauses matrimoniales sont relatives à la survenance des enfants, et que même il accepte quelquefois certains avantages particuliers stipulés d'avance en faveur d'un enfant à naître dans un certain ordre de naissance, ou du sexe, et témoin du lien qui doit lui donner l'existence, il en garantit la stabilité qui doit assurer sa conservation."

B. A. T. de Montigny.

(*A continuer.*)

LA THÉMIS

REVUE DE LÉGISLATION, DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE.

RÉDIGÉE PAR

L'HON. T. J. J. LORANGER.
B. A. T. DE MONTIGNY, Avocat.
E. LEF. DE BELLEFEUILLE, Avocat.
CHS. C. DE LORIMIER, Avocat.
EDOUARD A. BEAUDRY, Notaire.
JOSEPH DESROSIERS, Avocat.

VOL. I. JANVIER 1880. No. 12.

DU MARIAGE ET DU DIVORCE.(1)

(*Suite.*)

" L'engagement conjugal est donc réellement formé entre trois personnes représentées, car le pouvoir public qui précède la famille et qui lui survit, représente toujours dans la famille la personne absente, soit l'enfant avant sa naissance, soit le père après sa mort."

" L'engagement formé entre trois ne peut donc être rompu par deux au préjudice du tiers, puisque cette troisième personne est, sinon la première, du moins la plus importante, que c'est à elle seule que tout se rapporte, et qu'elle est la *raison* de l'union sociale des deux autres qui ne sont pas plus père ou mère sans l'enfant, que lui n'est fils sans elle."

" Dans les sociétés ordinaires, disent les rédacteurs du pro-
" jet du Code français, on stipule pour soi ; dans le mariage,
" on stipule pour autrui." Les époux qui font divorce sont donc deux forts qui s'arrangent pour dépouiller un faible et

(1) Voir pour le commencement la livraison de Novembre, p. 289 etc., et celle de Décembre, p. 321 etc.

l'Etat qui y consent est complice de leur brigandage. Cette troisième personne ne peut, même présente, consentir jamais à la dissolution de la société qui lui a donné l'être, puisqu'elle est toujours *mineure* dans la famille, bien qu'elle puisse être majeure dans l'Etat, elle est par conséquent toujours hors d'état de consentir rien sans préjudice ; et le pouvoir politique qui l'a représentée pour former le lien de la société, ne peut plus la représenter pour le dissoudre, parce que le tuteur est donné au pupille, moins pour accepter ce qui lui est utile, que pour l'empêcher de consentir à ce qui lui nuit ; ce qui fait qu'il peut acheter valablement au nom du pupille, et qu'il ne peut pas vendre."

" Le mariage est donc indissoluble sous le rapport domestique et public de la société. Il est donc naturellement indissoluble, car la nature de l'homme se compose à la fois de l'état domestique et de l'état public."

Un autre motif pour la société de s'opposer à la dissolution du mariage est celui de la liaison qui doit exister entre les membres de la société, motif d'ordre qu'a eu en partie en vue l'empêchement entre les parents trop rapprochés. En effet, si c'est un obstacle à la croissance des races que les personnes unissent ensemble un sang qui n'est point étranger, il n'en est pas moins vrai que l'union des personnes étrangères sert à lier entre elles les membres de cette famille ; c'est pour ce motif que, par la loi de Moïse, le mariage des enfants de Dieu fut défendu avec les enfants des hommes.

Barruel, dans ses lettres sur le divorce, à un député de l'assemblée nationale, expose en ces termes les maux qui en résultent pour la société : " Le bonheur de l'Etat est dans la paix et la concorde des citoyens, dans l'intelligence des diverses familles. Le mariage unissant deux époux, rapproche les parents, les alliés ; en faisant deux heureux, il fera vingt amis. Le divorce viendra, il fera vingt ennemis mortels ; il suscitera les parents, les amis de l'épouse contre l'époux, contre sa famille et contre ses amis. Le mariage avait confondu les intérêts, raffermi les fortunes ; le divorce viendra diviser les intérêts, renverser les fortunes, élever des discus-

sions, susciter des procès, anéantir des testaments ; et les tribunaux ne retentiront plus que de plaintes contre l'époux, qui laisse là l'épouse après avoir consommé sa fortune ; contre l'épouse, qui laisse là l'époux en demandant ce qu'elle aura dissipé."

Bentham, jurisconsulte anglais, qui soutient la cause du divorce, ne peut cependant s'empêcher d'avouer que l'indissolubilité du mariage est plus conforme à la loi naturelle. " Le mariage à vie, dit-il, est donc le mariage le plus naturel, le plus assorti aux besoins, aux circonstances des familles, le plus favorable aux individus, pour la généralité de l'espèce. N'y eut-il pas de lois pour l'ordonner, c'est-à-dire, point d'autres lois que celles qui sanctionnent les contrats, cet arrangement serait toujours le plus commun, parce qu'il est le plus convenable aux intérêts réciproques des époux. L'amour de la part de l'homme, l'amour et la prévoyance de la part de la femme, la prudence éclairée des parents et leur affection, tout concourt à faire imprimer un caractère de perpétuité au contrat de cette alliance."

Nous avons dit que la société a des droits acquis sur le mariage, et qu'elle doit s'opposer à sa dissolution. En effet, outre les motifs que nous avons examinés, il en est un plus puissant encore, c'est celui de s'opposer au principe le plus dissolvant des sociétés, celui qui a dissout les Empires les mieux constitués, qui ruine les individus comme les sociétés: c'est la corruption des mœurs. L'indissolubilité est la sauvegarde des mœurs, et en effet, qui ne sait que les passions, en présence d'un obstacle infranchissable, s'éteignent ou plutôt ne se réveillent pas. C'est cet obstacle qui étouffe la passion que le cœur pourrait avoir pour une sœur, pour une nièce. On sait quel désordre résulterait de ces mariages entre parents et alliés, et dans l'ordre moral, et dans l'ordre physique. L'impossibilité de ces mariages coupe dans leur racine les affections déréglées qu'on pourrait avoir vis-à-vis d'elles. Voilà pourquoi l'Eglise a mis des empêchements à ces mariages. Voilà pourquoi le mariage entre beau-frère et belle-sœur, doit rester soumis à

un empêchement qui ne doit disparaître que sur dispense que la gravité des circonstances force quelquefois d'accorder.

Et n'est-il pas de principe en morale que la passion étouffée dès ses premiers soulèvements est une passion sans force, et que si l'homme se demande s'il y a une issue pour satisfaire les désirs de son cœur, il est vaincu. Si la femme dans le paradis terrestre n'eut pas commencé à raisonner avec le serpent, elle ne serait pas tombée. Et qui ne sait que dans les tentations, si on ne raisonnait pas et qu'on eut soin de chasser immédiatement la pensée du mal, on ne tomberait pas.

Et qui ne sait encore que l'homme est parfaitement tranquille lorsque vivant humblement il n'ose seulement pas envier un point inaccessible à sa position ; mais une circonstance lui indique-t-elle ce point comme possible, son ambition grandit, il se tourmente jusqu'à ce qu'il y soit parvenu ou qu'il soit tombé en voulant y monter.

Ce principe a été reconnu comme très-puissant par les hommes politiques, et si la constitution anglaise a entouré la majesté royale de tant de prestige, n'est-ce pas pour la mettre inaccessible aux ambitions des sujets?

C'est la raison principale que donne De L'holme de la tranquillité qui existe dans l'Etat constitutionnel. Et il n'y aurait qu'à regarder les troubles causés dans les républiques pour se convaincre que la possibilité, pour les ambitieux, de parvenir au pouvoir unique a été le plus grand malheur de ces institutions.

Mais la grande raison que donnent les partisans du divorce est qu'il est un remède aux malheurs des époux.

Que voulez-vous que fasse un mari qui ne peut plus vivre avec sa femme ? La religion, comme la loi, permet la séparation de corps. C'est ce que nous devons entendre, dans le cas qui nous occupe, des textes de St. Mathieu, de St. Luc et de St. Marc que nous avons cités ; et c'est ce que notre Code, rapportant en cela l'ancienne loi, exprime en disant : art. 187. " Le mari peut demander la séparation de corps pour cause d'adultère de sa femme."

Mais, dira-t-on, que voulez-vous que fasse un tel homme, *ar il n'est pas bon que l'homme reste seul.*

Nous répondons que si vous ne connaissez pas de religion qui puisse soutenir l'homme dans les combats contre la dissolution des mœurs, nous, nous en connaissons une ; et la religion qui a produit tant de saints moines et tant d'admirables vierges, est celle à laquelle souvent appartiennent les époux que vous voulez désunir.

Dans tous les cas, admettons-le, c'est un malheur, et un grand ; mais de deux maux il faut choisir le moindre, et si, pour favoriser un individu, vous pervertissez un pays, quelle excellence aura votre loi ! Le divorce aura pourtant pour effet la perversion d'une population.

" Ceux qui pensent, dit Balmès, qu'il est utile, en certains cas, de permettre le divorce, de manière que le lien conjugal reste dissous, et que chacun des conjoints ait la liberté de passer à de secondes noces, ne nieront point cependant qu'ils regardent le divorce comme un remède, remède dangereux, dont la Législation ne se sert qu'à regret, et seulement par égard pour la malice ou la faiblesse ; ils comprendront aussi qu'un grand nombre de divorces amènerait les maux les plus graves, et que pour prévenir ces maux, dans les pays, où les lois civiles permettent l'abus du divorce, il est nécessaire d'entourer cette permission de toutes les précautions imaginables ; ils m'accorderont par conséquent, que la manière la plus efficace de se préserver de la corruption des mœurs, de garantir la tranquillité de la famille et d'opposer un ferme rempart à ce torrent de maux prêt à inonder la société, c'est d'établir l'indissolubilité du mariage, comme principe moral, de lui donner pour fondement des motifs qui exercent un ascendant puissant sur le cœur, et de tenir constamment en bride les passions, pour les empêcher de glisser sur une pente si dangereuse."

C'est pour cette raison que l'Eglise, dont nous avons fait connaître les canons, qui sont nos lois, a entrepris, avec la plus ardente énergie de mener à bout l'œuvre la plus nécessaire, la plus indispensable pour la bonne organisation de la

Famille et de la Société; que sa doctrine a toujours été, au milieu de la corruption des mœurs, inflexible sur ce point, et qu'elle a sans cesse crié aux potentats et aux rois, malgré les menaces et les promesses, ce commandement : " *Ils sont deux en une seule chair ; l'homme ne séparera pas ce que Dieu a uni.*"

Rien n'arrête l'homme dans sa passion, si ce n'est une barrière infranchissable. Pour se débarrasser d'une femme qu'il n'aime pas, lorsqu'il verra qu'un adultère peut lui ouvrir la barrière, il ne rougira pas de le provoquer ; et ajoutons que le divorce obtenu à grands frais, pose dans ce siècle matériel celui qui l'obtient. La femme elle-même, pour parvenir à son but posera plutôt les causes d'un divorce, et il est à remarquer que, dans les pays où il est admis, la plupart de ceux qui sont prononcés, le sont à la demande des femmes.

Troplong dit : St. Paul vint porter à l'Occident la nouvelle doctrine, (I. Ep. aux Corinth. et VII, No. 15) dans le temps où les faibles barrières d'Auguste avaient été emportées par le torrent de tous les vices, et où Senèque cherchait en vain à la conjurer par la philosophie. Frapper du même coup l'adultère qui provoque le divorce et le divorce qui provoque l'adultère, les atteindre à la fois en mettant le lien conjugal au-dessus des caprices de l'homme, telle fut la pensée sublime de la prédication évangélique.

Mais voyons quel a été le résultat de la loi du divorce dans les pays où il a été admis.

A Rome, la loi civile des Décemvirs qui permettait même de répudier sans cause en se soumettant à une certaine peine, ouvrit les digues au désordre le plus effrayant.

Juvenal, pour peindre la licence des femmes qui abusaient du divorce, dit : " Elle sort de la maison de son mari au milieu des festons encore verts, qui avaient été disposés pour l'y recevoir ; elle revient bientôt après dans ce même lit nuptial qu'elle avait si promptement dédaigné ; c'est ainsi qu'en moins de cinq automnes elle a compté huit maris." Martial s'élève au ton de la satire, pour exprimer son indignation : " Thélésina célèbre son dixième mariage, et l'on a remis en vigueur les peines de la loi Julia contre l'adultère ; comment

hésitez-vous à les lui appliquer ? Attendez-vous qu'elle se livre à ses amours adultères avec moins de solemnité."

Les femmes, disait Senèque, et celles même de la plus haute naissance, ne désignent plus les années par le nom des Consuls, mais par celui de leurs maris ; elles épousent pour divorcer, elles divorcent pour épouser."

" Dans les idées que les Romains attachaient au mariage, dit Troplong, le divorce était un événement logique, dont les mœurs seules pouvaient tempérer les excès. Aux temps héroïques lorsque le pouvoir du mari s'étendait jusqu'au droit de vie et de mort sur sa femme en puissance, pourquoi n'aurait-il pas pu la répudier ?

...... Puis si l'on veut se placer au point de vue qui considère le mariage comme un de ces contrats consensuels dont la volonté fait la base, la conséquence n'est-elle pas qu'une volonté peut la dissoudre. A partir de 523, le divorce déborde sur la société romaine, au point que comme le mari gagnait la dot lorsque le divorce avait lieu par l'inconduite de la femme, il arrivait que les gens qui voulaient faire fortune prenaient pour épouses des femmes impudiques, pourvu qu'elles eussent du bien, afin de les répudier ensuite sous prétexte de dérèglements (Valer. Max. lib. VIII, c. 2, no. 3, Plutarque, Vie de Marius, p. 427).

De leur côté, les femmes, voyant qu'elles n'étaient protégées ni par leur vertu ni par leur affection, se livraient, sans retenue aux plus épouvantables déportements, et ceci est une nouvelle preuve de cette vérité qu'atteste l'expérience de tous les temps : c'est que l'excès du divorce conduit la femme à l'adultère.

Et vainement, dit l'Abbé Gaume, les gouvernements protestants entourent le divorce de difficultés ; les passions ont su renverser ces faibles barrières et déchirer le contrat auguste qu'elles avaient appris à mépriser.

C'est ce qui faisait faire à un ministre protestant, *Sentenis*, en 1830, dans la Cathédrale de Magdebourg, des aveux qu'il est bon de recueillir.

Oui, disait *Sentenis*, c'est là une chose qui fait peu d'hon-

neur à notre église protestante, en controverse sur cette matière avec l'Eglise catholique. Celle-ci sur ce point a bien mieux que nous maintenu l'antique sainteté du lien conjugal, car lorsque la chose devient inévitable, elle prononce la séparation des époux, mais jamais elle ne leur permet un autre mariage. Comment, nous autres protestants, saurions-nous, avec quelque droit, soutenir contre l'Eglise catholique l'honneur de n'admettre, comme mesure de notre foi et de notre morale, que les Saintes Ecritures, tandis que, en matière de divorce, ce sont eux qui s'en tiennent à la parole de Jésus-Christ et de ses Apôtres, et non pas nous. (Courrier anglais du 4 juin 1830).

Stock Muncer et Carlostadt, des premiers et des plus zélés disciples de Luther lui reprochent d'avoir introduit une dissolution, semblable à celle du Mahométisme.

Il y a peu d'années, le feu roi de Prusse, Frédéric Guillaume II, a répudié Elizabeth de Brunswick a épousé la princesse de Hesse, et après la comtesse d'Enhoff, sans répudier la Reine, toujours avec l'approbation des doctrines calvinistes ; et lorsque, ces trois femmes vivantes, il voulut épouser Mademoiselle de Vors, il trouva ses pasteurs disposés à le lui permettre, alléguant qu'il valait mieux contracter un mariage illégitime que de courir d'erreur en erreur ; décision dérisoire et honteuse qui " dégrade autant ceux qui la donnent que celui qui la sollicite," dit M. de Ségur.

L'Angleterre ayant avili le mariage a dû aussi, faute de remède religieux, admettre le divorce sinon dans les lois civiles au moins dans son parlement.

Nous citons un témoignage du Docteur Philimore qui voulait, en 1830, changer la loi du divorce pour y donner accès à toutes les classes de la société, et pourtant nous verrons que pour n'être accessible qu'aux riches le divorce a été pratiqué dans Albion sur une vaste échelle.

" Dans tous les pays protestants, dit-il, le divorce pur et simple est admis ; en Angleterre il n'y a que le Parlement qui puisse prononcer la séparation *a vinculo matrimonii*, et ce divorce complet n'est en général accordé que pour cause d'a-

dultère. Mais, d'une part, ces causes sont toujours un grand scandale, les chambres sont dans l'impossibilité d'examiner les témoins et de faire des enquêtes régulières ; de l'autre, la multiplicité de ces causes rend nécessaire de pourvoir à un changement de législation, et le prix énorme de £25,000 que coûtent les procès de ce genre restreint l'usage de cette voie judiciaire aux familles très-riches. Dans les cent cinquante ans qui ont précédé le règne de George I, il n'y eut que cinq causes de divorce. De 1715 à 1775, espace de soixante ans, il y eut soixante divorces. De 1775 à 1800, en vingt-cinq ans, il y en a eu 74, et depuis 1800 jusqu'à 1830, il y en a eu 90."

(Courrier anglais du 4 juin 1830).

On voit d'après ce rapport combien cette plaie est profonde en Angleterre dans la classe riche où cependant l'éducation, l'aisance devraient faire supposer que la morale y est plus sauvegardée que dans les classes qui, à part les passions du cœur, ont encore à lutter contre le découragement de la vie, l'appas du luxe et les offres du riche. Qu'en est-il donc dans les autres pays où le divorce est facile ? Qu'en est-il donc en Angleterre, depuis l'introduction du statut qui le permet par les cours de justice ? (21 et 22 Vict. ch. 77.) Chose singulière, c'est que la proposition de Philimore fut rejetée sur un motif qui condamne nécessairement ceux qui admettent le divorce, sur le motif qu'il n'y avait aucune raison pour rendre le divorce plus facile et par conséquent plus fréquent, ce qui serait porter atteinte à la morale publique.

Si donc ce principe porte atteinte à la morale publique lorsqu'il devient facile, il porte donc atteinte à la morale dans la sphère de ceux qui peuvent l'avoir facilement ; or c'est en avouant un tel principe que l'Angleterre l'a admis, et qu'on voudrait le faire admettre ici.

" Le Législateur, dit de Fayet, doit-il accréditer ces vaines déclamations, en exigeant une rançon pour en sortir ? Dans le rapport de l'équité, si les motifs du divorce sont légitimes, pourquoi lui imposez-vous une difficulté ? Si vous les croyez mal fondés, pourquoi accordez-vous le divorce ? Quant au succès de ce moyen, aurai-je besoin de faire observer que

l'éclat des sacrifices est un nouvel aliment aux passions que vous voulez éteindre? "

La législation nouvelle en Angleterre, dit Auguste Carlier, en 1860, (le mariage aux Etats-Unis) a révélé une des plaies de la société anglaise ; en effet, la statistique a établi que depuis le fonctionnement de la nouvelle juridiction, le nombre des demandes de divorce s'est multiplié au delà de toute prévision, à ce point que la cour ne peut suffire depuis près de trois ans à l'expédition des affaires. De bons esprits craignaient qu'on ne soit allé trop loin dans cette voie de réforme, tant il est difficile, lorsqu'on expérimente sur le corps social, de même que sur les individus, d'approprier le véritable remède à la constitution, et surtout de ne point dépasser la dose que le malade peut supporter."

Une femme protestante, parlant d'un pays qu'elle aime et qu'elle admire, Madame de Staël, dans son livre sur l'Allemagne, dit :

" L'amour est une religion en Allemagne ; mais une religion poétique qui tolère trop volontiers tout ce que la sensibilité peut exercer. On ne saurait le nier, la facilité du divorce dans les provinces protestantes porte atteinte à la sainteté du mariage. *On y change aussi paisiblement d'époux que s'il s'agissait d'arranger les incidents d'un drame;* le bon naturel des hommes et des femmes fait qu'on ne mêle point d'amertume à ces faciles ruptures ; " (De l'Allemagne, P. 1er, c. III.)

Inutile de dire que les Etats-Unis ont admis la dissolution du mariage : c'est une des conséquences du protestantisme et et de la liberté illimitée. Un mauvais principe a toujours ses conséquences; les Etats-Unis, avec une logique à laquelle conduisent les instincts, semblent destinés à prouver le principe par ses conséquences.

Le Baltimore Sumn, le 22 février 1856, constatait que dans le seul Etat de l'Alabama, la Législature déclarait annuellement jusqu'à cent divorces, sans compter ceux prononcés par les Cours de Justice.

Le juge Bishop, *on marriage and divorce* § 290, faisait cette remarque : " Qu'il n'y avait pas de loi dont on eût plus abusé

dans l'Ohio que celle du divorce, et que la plus grande partie des habitants estimaient que de tous les contrats, celui du mariage est le moins obligatoire, et qu'il ne doit falloir rien de plus, pour le dissoudre, qu'une demande adressée aux tribunaux."

L'Indiana a aussi la même plaie. Le *National Intelligence* de Washington, de novembre 1858, l'un des journaux les plus estimés de l'Union, rapporte que le juge Test, d'une des Cours de l'Indiana, en donnant son opinion dans un cas de divorce, porté devant lui, disait "que les avocats de l'amour libre, (nouvelle secte qui trouve que l'amour manque de liberté aux Etats-Unis,) ne pouvaient demander un statut plus favorable à leur vue que la loi du divorce d'Indiana ; et que la polygamie des Mormons était préférable, car elle obligeait au moins les maris à pourvoir à l'existence et à la protection de leurs femmes."

On dira que les causes reconnues du divorce sont plus multiples qu'en Angleterre, c'est vrai ; mais si les causes multiples sont dangereuses et produisent de si funestes effets, pourquoi n'avouerait-on pas que la seule cause qui existe en Angleterre est déjà très-malsaine, puisqu'elle produit encore des effets hideux.

Dans l'Etat de Pensylvanie, à Philadelphie, ville fondée par les Quakers et d'habitude paisible, on a constaté que dans un espace de neuf années, jusque et y compris 1856, les cours de justice avaient prononcé 1135 divorces, sans compter ceux déclarés par la Législature, et ils sont nombreux. (The Philadelphia Ledger, 17 avril 1857).

Dans le Connecticut, ancienne colonie fondée par les puritains, un homme fort distingué, le président Dwight, de Fale College, disait déjà en 1816, devant une assemblée composée des grands corps de l'Etat : "Que dans la seule ville de New-Haven (très-petite alors), on avait prononcé plus de cinquante divorces dans les cinq années précédentes, et plus de quatre cents dans tout l'Etat, pendant le même laps de temps. C'était à peu près un divorce sur cent mariages. (Bishop. On marriage and divorce § 275).

Les choses, depuis lors, ont été en augmentant. D'après le journal "The New Orleans" Picayune, (10 mars 1857, nous voyons que dans une seule session de la Cour de Comté, siégeant à Dedham (Massachussets), dernier terme de 1856 ou premier de 1857, onze divorces ont été prononcés pour cette seule petite circonspection, dont sept ayant pour cause l'adultère.

La France elle-même a fait la triste expérience de cette législation.

La loi de la séparation de corps fut supprimée en 1792 par la loi des 20-25 septembre qui lui substitua le divorce. Conservée avec répugnance par les auteurs du Code Civil, cette loi est tombée dans les premiers jours de la Restauration, emportant les malédictions du grand nombre.

" Le législateur, dit M. Mougarède, baron de Fayet, avait si bien perdu de vue tous ses devoirs, qu'il n'avait pas même considéré les effets de cette loi sur les intérêts civils. A cette époque pourtant tous les arrangements de famille étaient fondés sur les clauses du contrat de mariage."

" Les mouvements furent à peine aperçus, tant on fut frappé de l'avilissement rapide du mariage lui-même, dont les engagements avaient si longtemps paru non moins inviolables que ceux qui ont été formés par la nature entre les pères et les enfants."

" On a pu reconnaître alors toute la force de nos institutions sociales. Une puissance existait encore, que la puissance temporelle aurait vainement tenté de soumettre à son influence ; elle savait trop bien qu'on ne pouvait ordonner la diffaréation au Pontife de la nouvelle loi. Le mariage indissoluble, affermi par un tel appui, a opposé son antique dignité aux atteintes impies du Législateur. De là ce principe de résistance qui s'est manifesté de toute part et qui laissait le Législateur sans excuse, parce qu'il attestait que la conscience sociale exerçait encore un grand empire. De là cette flétrissure imprimée aux époux qui s'étaient laissé séduire par ses lois de licence, et qui ne pouvaient faire distinguer dans

l'opinion les désirs qu'elles avaient autorisés de ceux qu'elles continuaient à réprouver."

" Bientôt l'indignation publique, soulevée par les excès du divorce, trouva d'éloquents organes, au sein même de cette assemblée, où il avait reçu sa nouvelle existence. Telle fut l'impression qui résulta de la discussion de l'an V contre le divorce, que ses partisans ont depuis gardé le silence, et qu'ils furent obligés d'éluder ces vives attaques, sous le prétexte de la prochaine publication du code civil."

Le divorce a été aboli en France par la loi du 8 mai 1816.

Nous avons vu quelles sont les conséquences du divorce dans la société. Voyons maintenant quels sont les effets du divorce dans la famille.

Prenons un père de famille qui demande un divorce et l'obtient, au lieu de cacher ses malheurs domestiques et de chercher à remédier à ses maux par les moyens que lui indique la religion. Voilà une femme publiquement deshonorée, et sans espoir d'être pardonnée, elle se laissera probablement entraîner à une licence qu'un espoir de réconciliation aurait pu prévenir. Elle devient isolée et en butte aux tentatives effrontées de ces oiseaux de proie qui se repaissent des vices de la société. Le scandale devient à la connaissance de ses enfants qui ne manqueront pas, lorsque le tourbillon des passions viendront envelopper leur frêle existence, de s'excuser sur la conduite de leurs parents. La crainte de déshonorer des parents respectables ou même de leur faire de la peine n'est elle pas un mobile suffisant pour arrêter l'enfant sur la pente du crime ? Élevés chez leur mère où les enfants apprendront à maudir leur père, qui les arrêtera dans le précipice où la jeunesse est constamment poussée ? Où bien ils se réfugieront chez leur père qui les détestera et qui apprendra à sa nouvelle femme à les haïr comme la source d'où ils viennent. Ils deviendront dans les deux cas les victimes du désordre de leurs parents. Honnis et bafoués ils n'auront d'autre consolation que de s'abandonner au courant de leurs caprices, sans frein suffisant pour les retenir. Les filles elles-mêmes n'ayant plus pour les protéger ni l'œil des parents ni le

Projet de Loi pour légaliser les mariages entre beaux-frères et belles-sœurs.

Les articles suivants publiés sous forme de lettres dans le *Courrier de Montréal* et *La Minerve*, sur un projet de loi introduit dans la Chambre des Communes, tendant à légaliser les mariages entre beaux-frères et belles-sœurs, nous ont paru de nature, à intéresser nos lecteurs, et mériter insertion dans *La Thémis.*

Montréal, 15 *Mars*, 1880.

Monsieur le Rédacteur,

Vous avez désiré connaître mon opinion sur le projet de loi intitulé : Un Acte pour légaliser le mariage avec la sœur d'une femme décédée, proposé par M. Girouard à la Chambre des Communes, où il a subi sa seconde lecture, et qui, amendé en comité de toute la Chambre, ne contient plus que deux lignes ainsi conçues : " Le mariage entre un homme et la " sœur de sa femme défunte ou la veuve de son frère défunt " est légal."

Je vous aurais, sans préambule, fait part de mon sentiment sur cette mesure, si à l'instant où j'allais l'écrire, je n'avais lu dans *La Minerve* de ce jour, un éditorial annonçant l'approbation donnée par les Évêques Catholiques Romains de la Province, au projet de loi accompagné de la publication de certaines lettres de ces hauts dignitaires, écrites à l'auteur de la loi proposée, qui leur avait demandé leur avis sur sa convenance. Si ces lettres que l'on dit contenir une appréciation favorable de la loi, de fait en recommandaient l'adoption, elles auraient ébranlé mon opinion, mais m'étant convaincu après les avoir rapprochées de celle de M. Girouard, et du projet tel que présenté aux Communes, que bien que leur sens

apparent contienne une approbation de la mesure, elles en renferment dans leur signification véritable, déterminée par la pensée et l'intention de leurs auteurs et leur liaison avec certains faits antérieurs, la condamnation virtuelle, je ne serai plus empêché de dire mon sentiment par la crainte de me mettre en désaccord avec l'épiscopat.

Je dis que ces lettres condamnent virtuellement le projet de loi ainsi amendé, et je le prouverai, je crois, de la manière la moins douteuse; mais pour cela il me faut jeter un coup d'œil rétrospectif sur la législation passée, remonter jusqu'à la promulgation du Code Civil et entrer dans des développements qui occuperont tout l'espace dont vous pourrez disposer dans les colonnes de votre prochaine édition.

Il n'est pas besoin de dire que l'affinité légitime ou licite, (de même que l'affinité illégitime ou illicite) produit suivant le droit cánon, un empêchement dirimant de mariage, lequel a été réduit par le Concile de Trente au deuxième degré pour l'affinité illicite.

Suivant la doctrine de l'Église Catholique, cet empêchement, étant de droit positif Ecclésiastiquè et non de droit naturel, est susceptible de dispense. Le Code Civil article 125 ne mentionne l'affinité licite et illicite comme formant un empêchement de mariage que dans les degrés de beau-frère et belle-sœur, c.-à-d. au premier degré. L'article est couché en ces termes : " En ligne collatérale, le mariage est prohibé, entre le frère " et la sœur, légitimes ou naturels, et entre les alliés du " même degré, aussi légitimes ou naturels."

L'article 126 ajoute : " Le mariage est aussi prohibé entre l'oncle et la nièce, la tante et le neveu." Enfin l'article 127 porte : " Les autres empêchements, admis d'après les diffé- " rentes croyances religieuses, comme résultant de la parenté " ou de l'affinité et *d'autres causes*, restent soumis aux règles " suivies jusqu'ici dans les diverses églises et sociétés reli- " gieuses."

" Il en est de même quant au droit de dispenser de ces " empêchements, lequel appartiendra tel que ci-devant, à ceux " qui en ont joui par le passé."

Cette dernière partie de l'article 127, a été l'objet, lors de la publication du Code, de la censure du clergé de la province, de même que de celle de quelques laïques, sur le principe, que ce paragraphe refusait de reconnaître le droit de dispenser de cet empêchement d'affinité, établi par la loi ecclésiastique, et privait les mariages entre beaux-frères et belles-sœurs, bien que valablement célébrés par l'autorité religieuse avec dispense du Souverain Pontife, de leurs effets civils. Quelques-uns ont même prétendu que l'exclusion de la dispense s'étendait au lien conjugal même, dont le paragraphe critiqué refusait de reconnaître la validité.

Cette interprétation défavorable de l'article 127 était fondée sur l'application des mots *ces empêchements*, insérés dans ce paragraphe, qui, disait-on, ne se rapportaient pas aux empêchements décrétés par les articles précédents et en particulier au mariage entre beaux-frères et belles-sœurs prohibé par l'article 125.

Quoiqu'il en soit de la rectitude de cette interprétation, ce dut être avec satisfaction, que les évêques et le reste du clergé ont vu la seconde loi de M. Girouard (la première ayant été retirée) proposée aux communes, le 25 février dernier, laquelle était exactement formulée dans le sens désiré, et restituait le bénéfice de la dispense au mariage des beaux-frères et belles-sœurs. Cette loi était conçue en ces termes que je traduis de l'anglais, n'ayant pas sous les yeux la version française : " Le mariage entre un homme et la sœur de sa " femme défunte ou la veuve de son frère défunt sera légal ; " pourvu que si dans toute église ou corps religieux dont les " ministres sont autorisés à célébrer le mariage, aucune " dispense, à raison de telle affinité entre les parties est néces- " saire pour donner validité à tel mariage, telle dispense sera " d'abord obtenue, conformément aux règles et coutumes de " la dite église ou du dit corps religieux ; pourvu aussi que la " célébration par aucun ministre officiant ne se fasse com- " pulsoirement. Tous semblables mariages, ci-devant con- " tractés comme susdit, sont par les présentes déclarés valables ;

" les causes (s'il y en a) pendantes devant les cours de justice, " étant seulement exceptées."

On voit que cette loi contenait la rectification demandée, c'est-à-dire qu'elle restituait le droit de dispense retranché par le Code, et à la date de la lettre de M. Girouard et à celle des Évêques, c'est-à-dire les 28 et 29 février et les 1, 2 et 5 mars, cette loi était la seule devant la Chambre.

Voici la lettre de M. Girouard, telle que publiée dans la *Minerve* et adressée à chacun des membres de l'Episcopat :

" MONSEIGNEUR,

" La discussion du bill pour légaliser le mariage a com- " mencé hier soir, c'est-à-dire le 27 février, comme Votre " Grandeur aura pu le remarquer par les journaux de ce " matin. Le point qui serait le plus contesté par les protes- " tants, est la reconnaissance par l'état du droit de dispense " de l'empêchement résultant de l'affinité."

" Votre grandeur serait-elle satisfait *d'abroger* l'article 125 " du Code de manière à légaliser le mariage en question, sans " rien dire de plus. Ne pensez-vous pas qu'alors, le droit de " dispense serait suffisamment sauvegardé par l'article 127 ? "

Ce que M. Girouard propose est *d'abroger*, c'est-à-dire retrancher et non *modifier*, remarquons-le bien, l'article 125, en laissant subsister l'article 127. Or, le simple retranchement de l'article 125 remplirait exactement le but désiré, c'est-à-dire sauvegarderait la disposition canonique qui frappe d'empêchement le mariage entre beaux-frères et belles-sœurs, mais qui le rend susceptible de dispense.

Pour le prouver lisons les articles 124, 126 et 127 qui sont les seuls, qui avec l'article 125, traitent des empêchements, en retranchant toutefois cet article 125, ce que proposait de faire M. Girouard.

Art. 124. " En ligne directe le mariage est prohibé entre les " ascendants et entre les alliés soit légitimes soit naturels."

Article 125 omis.

Art. 126. " Le mariage est aussi prohibé entre l'oncle et la " et la nièce, la tante et le neveu."

Art. 127. " Les *autres* empêchements, admis d'après les " différentes croyancces religieuses, comme résultant de la " parenté ou de l'affinité et d'autres causes, restent soumis " aux règles suivies jusqu'ici dans les différentes églises et " sociétés religieuses."

" Il en est de même quant au droit de dispenser de ces " empêchements, lequel appartiendra tel que ci-devant à ceux " qui en ont joui par le passé."

Il saute aux yeux que le code étant ainsi modifié, l'empêchement d'affinité créé par l'article 125, se trouverait compris parmi les *autres empêchements* de l'article 127, c'est-à-dire, les empêchements autres que ceux mentionnés dans les articles 124 et 126, et que la dispense de la fin de l'article 127 s'appliquerait à celui-là comme aux autres. On pourrait faire la même chose pour l'article 126, en ne laissant subsister que l'article 124, et l'empêchement consacré par cet article 126 serait tombé dans la catégorie *des autres* empêchements dont parle l'article 127. De fait, on pourrait également retrancher l'article 124 et ne laisser subsister que l'article 127, en retranchant le mot *autres*, et en faisant précéder le mot *Les* du mot *tous*, ce qui modifierait l'article comme suit : *Tous les empêchements admis*, etc., et l'on sauverait la doctrine. Si originairement le Code eût été ainsi rédigé, il n'aurait jamais fait naître de difficultés.

En présence de ces faits, est-il étonnant que les évêques aient approuvé la proposition de M. Girouard ? Ce serait le contraire qui le serait !

Le rapport de la séance du 10 mars fait foi de la modification qu'a reçue la mesure, après cette approbation.

Les deux provisos, celui qui consacrait le droit de dispense et celui qui pourvoyait à ce qu'un ministre du culte ne pût être forcé à célébrer un mariage, ont été retranchés et le suivant y a été substitué, de sorte que le projet de loi se lit maintenant comme suit : " Le mariage entre un homme et la " sœur de sa femme ou la veuve de son frère défunt est légal; " pourvu que tous mariages de cette nature contractés avant " la passation de cette loi, si les conjoints vivent actuellement

" comme mari et femme, seront légaux et la présente loi " n'affectera aucunement les droits acquis aux enfants nés " d'un premier mariage, avant la passation de la présente.

" Cette loi n'aura pas d'effet rétroactif quant au mariage " qu'une personne aurait pu avoir ainsi contracté, si avant la " passation de la présente, elle a contracté un mariage avec " une autre personne."

C'est cette législation qui déclare absolument légal, c'est-à-dire valide, le mariage entre beaux-frères et belles-sœurs, que le Parlement Fédéral a accordée aux évêques qui demandaient la conservation de l'empêchement et la restitution du droit de dispense. Substituez maintenant à l'article 125 qui prohibe le mariage entre beaux-frères et belles-sœurs cette loi qui le légalise, et vous verrez si vous pourrez faire produire à l'article 127 un empêchement pour ce cas d'affinité, avec droit de dispense. Il est évident, au contraire, que cette affinité particulière entre le beau-frère et la belle-sœur n'étant plus un empêchement, a cessé d'être comprise sous les termes, d'*autres empêchechements*, et que cet article 127 ne pourra plus s'appliquer qu'aux autres cas d'affinité ?

Il n'y avait que deux manières de conserver l'empêchement avec dispense : c'eût été de décréter le proviso de la loi tel que proposé ou de retrancher entièrement la dernière partie de l'article 125.

Loin de là, la loi amendée abolit entièrement l'empêchement laissant libre le mariage du beau-frère et de la belle-sœur, tout en conservant cet empêchement dans les degrés d'affinité plus éloignés. Est-ce que je n'ai pas le droit de supposer que si ce résultat avait été signalé aux évêques, ils ne l'auraient pas approuvé ?

Ce n'est donc pas la loi ainsi que modifiée qu'ils ont acceptée, mais une autre loi fondée sur un principe contraire et dont l'approbation constitue une désapprobation de la première.

SECONDE LETTRE.

La loi proposée dont l'unique disposition est de légaliser le mariage entre un homme et la sœur de sa femme défunte ou

la femme de son frère défunt, me parait sujette à de graves objections, en ce qui concerne la population catholique de la Province de Québec.

Si le Parlement Fédéral a juridiction sur le mariage, autrement qu'en connexion avec le divorce, cette juridiction ne pourrait s'appliquer qu'aux conditions requises pour le contracter validement, c'est-à-dire au lieu du mariage considéré sous le rapport spirituel. Le mariage considéré sous le rapport de ses effets civils, et affectant les biens des époux et les droits civils des enfants nés du mariage sont de la compétence exclusive des législatures locales, parce qu'il est régi par la loi civile de chaque province, sur laquelle le Parlement Fédéral est sans compétence.

Sous ce rapport du lien, le mariage considéré par tous les chrétiens, catholiques et protestants, comme chose religieuse et sacrée, est régi par la loi ecclésiastique et sous le rapport de ses effets civils par la loi civile. Dans les pays protestants soumis à l'Angleterre, dont le souverain est à la fois chef spirituel et temporel revêtu de la double suprématie, et dont la religion d'Etat est le protestantisme, la législation spirituelle et la législation séculière appartiennent à la fois au Parlement Impérial et aux législatures coloniales, le Parlement de la Puissance du Canada y compris. Il n'en est pas ainsi des pays catholiques et notamment de la Province de Québec, où la législation spirituelle appartient à l'Eglise catholique romaine, et la législation séculière seule, au Parlement Fédéral et à la législature de la Province, dans le cercle de leurs attributions respectives.

D'après l'enseignement catholique, le droit de statuer sur les conditions de cette validité, autrement dit, le droit d'imposer ou de retrancher les empêchements de mariages *appartient au pouvoir spirituel* exercé exclusivement par l'Eglise. D'un autre côté, le pouvoir temporel seul est revêtu du pouvoir de légiférer sur les droits civils qui naissent du mariage, légitimement contracté suivant les règles que l'Eglise a établies.

La maxime peut se résumer comme suit : *Quand un mariage est-il valide ?* Question de droit ecclésiastique dont la puissance

religieuse peut seule connaître ! *Quels sont les droits et obligations civils résultant du mariage ?* Question de droit civil, du ressort exclusif de la puissance politique, civile et séculière !

Cette doctrine est aujourd'hui irréfragablement établie, et de fait n'est plus mise en doute par ceux qui font profession d'attachement à la foi catholique. Une longue suite de traditions remontant à la plus haute antiquité, l'enseignement unanime des papes confirmé par le syllabus, les allocutions consistoriales des derniers papes, la dernière encyclique du pape régnant et la doctrine constante des auteurs ecclésiastiques mettent le principe à l'abri de toute contestation. Parmi les catholiques de la province de Québec, ce principe est presqu'un dogme, et ceux-là seuls qui l'ignorent ne l'admettent pas, encore ne peut on pas dire qu'ils le nient.

Les protestants ne nient point non plus cette doctrine en thèse générale, mais ils la modifient dans l'application, en ce que chez eux le pouvoir spirituel et le pouvoir civil, sont réunis sous la suprématie du roi.

La Réforme n'a pas détruit l'autorité générale du droit canon en Angleterre et c'est dans ce droit que se trouve la source de prohibition du mariage entre beaux-frères et belles-sœurs, que le but de la loi projetée est de faire disparaître.

Aussi les protestants sont-ils autant et même plus que les catholiques, parmi lesquels l'empêchement est sujet à dispense, opposés à ces mariages.

Le droit de dispenser de cet empêchement était reconnu au Souverain Pontife par le droit canon, et si sous ce rapport, l'autorité de ce droit a été modifiée en Angleterre, ce n'est pas à une divergence réelle de doctrine qu'est dû le rejet de cette dispense, mais à des motifs qui tout en prenant l'enseignement théologique pour prétexte lui sont en réalité, restés étrangers.

L'année même de son avènement au trône, en 1509, Henri VIII avait épousé, en vertu d'une dispense obtenue du Pape Jules II, Catherine d'Aragon, veuve d'Arthus, son frère. Après plus de vingt ans de mariage, Henri voulant contracter un second mariage avec Anne Boleyn, invoqua la nullité de la dispense accordée pour contracter le premier, dont il

demanda la dissolution à Clément VIII. Il paraît, bien que le fait aît été nié plus tard par Henri et ses partisans, que le mariage entre Arthus et Catherine, n'avait jamais été consommé, du moins Catherine l'affirma-t-elle par serment.

Quoiqu'il fût de ce moyen, dont il n'a été question qu'incidemment au procès, le point principal fut la question de savoir si l'empêchement d'affinité légitime au premier degré, qui est celui de beau-frère et de belle-sœur, est un empêchement dispensable, ainsi que l'avait jugé le pape Jules II, qui avait accordé la dispense et que le soutenaient les avocats de Catherine, pendant que ceux du roi soutenaient le contraire. Le mariage fut déclaré valable en consistoire tenu par le pape, le 23 mars 1534, de l'avis de dix-neuf cardinaux sur vingt-deux présents et la demande du roi fut rejetée.

On connaît le retentissement de cette grande controverse, dont je n'ai intention de m'occuper ici, qu'en ce qu'elle peut s'appliquer au projet de loi qui nous occupe, sans égard à l'intérêt historique des faits, qu'il ne devient nécessaire de connaître, que pour en dégager le point de droit.

Bossuet résume ainsi cette affaire :

" Le fait est connu. On sait que Henri VII avait obtenu une dispense de Jules II, pour faire épouser la veuve d'Arthus, son fils aîné, à Henri son second fils et son successeur. Ce prince, après avoir vu toutes les raisons de douter, avait accompli ce mariage étant roi et majeur, (1) du consentement unanime de tous les ordres de son royaume, le 3 juin 1509, c'est-à-dire six semaines après son avénement à la couronne. Vingt ans se passèrent sans qu'on révoquât en doute un mariage contracté de si bonne foi. Henri, devenu amoureux d'Anne de Boleyn, fit venir sa conscience au secours de sa passion, et son mariage lui devenant odieux, lui devint en même temps douteux et suspect. Cependant il en était sorti une princesse qui avait été reconnue dès son eufance, pour l'héritière du royaume, de sorte que le prétexte que prenait Henri de faire casser son mariage, de peur, disait-il, que la succession du royaume ne fût douteuse, n'était qu'une illusion, puisque personne ne

(1) Il y a ici erreur d'âge. Henri VIII étant né en 1491, n'avait que dix-huit en 1509, année de son mariage.

songeait à contester son état à Marie, qui en effet fut reconnue reine d'un commun consentement lorsque l'ordre de la naissance l'eût appelée à la couronne. Au contraire, si quelque chose pouvait causer du trouble à la succession de ce grand royaume, c'était ce doute de Henri et il paraît que tout ce qu'il publia sur l'embarras de sa succession ne fut qu'une couverture, tant de ses nouvelles amours que du dégoût qu'il avait conçu de la reine, sa femme, à cause des infirmités qui lui étaient survenues, comme le protestant Burnet l'avoue lui-même.

" Un prince passionné veut avoir raison. Aussi, pour plaire à Henri, on attaqua la dispense sur laquelle était fondée son mariage, par divers moyens, dont les uns étaient tirés du fait, et les autres du droit. Dans le fait on soutenait que la dispense était nulle parce qu'elle avait été accordée sur de fausses allégations. Mais, comme ces moyens de fait, réduits à ces minuties, étaient emportés par la condition favorable d'un mariage qui subsistait depuis tant d'années, on s'attacha principalement aux moyens de droit, et on soutint la dispense nulle comme accordée au préjudice de la loi de Dieu, dont le pape ne pouvait pas dispenser.

" Il s'agissait de savoir si la défense de contracter en certains degrés de consanguinité ou d'affinité partée par le Lévitique, et entre autres celle d'épouser la veuve de son frère, appartenait tellement à la loi naturelle qu'on fut obligé de garder cette défense dans la loi évangélique. La raison de douter était qu'on ne lisait point que Dieu eût jamais dispensé de ce qui était purement de la loi naturelle ; par exemple, depuis la multiplication du genre humain, il n'y avait point d'exemple que Dieu eut permis le mariage de frère à sœur, ni les autres de cette nature au premier degré, soit ascendant ou descendant, ou collatéral. Or, il y avait dans le Deutéronome une loi expresse qui ordonnait, en certains cas, à un frère d'épouser sa belle-sœur et la veuve de son frère. Dieu donc ne détruisant pas la nature, dont il est l'auteur, faisait connaître par là que ce mariage n'était pas de ceux que la nature rejette, et c'était sur ce fondement que la dispense de Jules II était appuyée."

La question principale étant la validité de la dispense, roulait sur le doute de savoir si la prohibition faite par le Lévitique au frère d'épouser la femme de son frère défunt, était tellement de droit naturel qu'on ne pût la violer sans enfreindre la loi de Dieu, ou bien si elle était de simple droit positif que la loi évangélique n'était pas tenue d'observer. En d'autres termes, l'empêchement était-il de droit naturel divin, ou de droit positif ecclésiastique ?

Ce serait présomption de ma part d'ajouter une seule remarque à la somme d'arguments apportés de part et d'autre par les savants théologiens, les canonistes et les plus doctes Universités consultés sur cette question fameuse qui, pendant plusieurs années, occupa l'attention de l'Europe et dont le résultat fut si fécond en grands événements. Cependant, peut-être me saura-t-on gré de résumer les arguments des défenseurs de l'un et de l'autre côté de la question, presque tous fondés sur les textes comparés du Lévitique et du Deutéronome, et dont l'interprétation reçoit, des circonstances présentes, un intérêt plus qu'ordinaire.

Les textes applicables au mariage en question ici, sont les suivants :

Lévitique, chap. XVIII, v. 16.

Turpitudinem uxoris fratris tui non revelabis, turpitudo fratris tui est. " Vous ne découvrirez point ce qui doit être caché dans la femme de votre frère, parceque c'est la chair de votre frère."

Idem v. 18.—*Sororem uxoris tuæ in pellicatum illius non accipies, nec revelabis turpitudinem ejus, adhuc illa vivente.* " Vous ne prendrez pas la sœur de votre femme pour la rendre sa rivale et vous ne découvrirez pas dans elle, du vivant de votre femme, ce que la pudeur veut qui soit caché."

Chap. 20, v. 21.—*Qui duxerit uxorem fratris sui, rem facit illicitam : turpitudinem fratris sui revelavit : absque liberis erunt.* " Si un homme épouse la femme de son frère, il fait une chose illicite ; il découvre ce qui doit être caché pour l'honneur de son frère et ils n'auront point d'enfants."

Ces textes étaient cités par les défenseurs du roi d'Angleterre.

Du côté de Catherine, on citait le chapitre XXV du Deutéronome, V. 5 et suivants :

5. " Lorsque deux frères demeurent ensemble et que l'un d'eux sera mort sans enfants, la femme du mort n'en épousera point d'autre que le frère de son mari, qui la prendra pour femme, et suscitera des enfants à son frère ; "

6. " Et il donnera le nom de son frère à l'aîné des fils qu'il aura d'elle, afin que le nom de son frère ne se perde point dans Israël ; "

7. " S'il ne veut pas épouser la femme de son frère qui lui est due selon la loi, cette femme ira à la porte de la ville, et elle s'adressera aux anciens, et leur dira : Le frère de mon mari ne veut pas susciter dans Israël le nom de son frère, ni me prendre pour femme ; "

8. " Et aussitôt, ils le feront appeler et l'interrogeront. S'il répond : Je ne veux point épouser cette femme là ; "

9. " La femme s'approchera de lui devant les anciens, lui ôtera son soulier du pied, et lui crachera au visage, en disant : C'est ainsi que sera traité celui qui ne veut pas établir la maison de son frère ; "

10. " Et sa maison sera appelée dans Israël, la maison du déchaussé."

Comme ces textes sont depuis quelques jours l'objet d'interprétations diverses dans la presse, et que certains écrivains paraissent même en nier l'autorité pour établir la prohibition des mariages en question, je dois donner celle qui me parait la plus universellement admise. (1)

Le contexte du verset 18, du chapitre 18 du Lévitique ci-haut cité, pourrait fournir aux personnes peu versées en ces matières, le prétexte d'un doute sur son rapport au mariage des beaux-frères et belles-sœurs. Il est simplement dit : " Vous " ne prendrez pas la sœur de votre femme *pour la rendre sa* " *sa rivale* (*in pellicatum illius*) et vous ne découvrirez pas en " elle, du *vivant de votre femme* (*adhuc illâ vivente*) ce que la " pudeur veut qui soit caché." Ces mots du *vivant de votre femme*, semblent restreindre la prohibition du verset à l'adul-

(1) Voyez l'appendice joint à ces lettres.

V. Que dans tous ces Conciles où il était question d'empêchements au mariage portés par les lois canoniques, se trouvait comprise la défense du mariage d'un frère avec sa parente.

VI. Que le Pape Saint Grégoire, interrogé par St. Augustin (qu'il avait envoyé en Angleterre) pour savoir si le mariage d'un frère avec la femme de son propre frère était permis par les lois canoniques, avait répondu que ce mariage était prohibé.

VII. Que si quelque converti avait contracté un semblable mariage avant sa conversion, il était nécessaire de le séparer de sa femme, et qu'il ne pourrait se présenter d'occasion plus favorable pour dispenser de cet empêchement, si l'Eglise en avait le pouvoir.

De l'autre côté, les canonistes et théologiens du parti de la Reine soutenaient :

I. Que la prohibition portée par le Lévitique d'épouser la femme de son frère n'était pas une loi naturelle, mais positive ; ce que Moïse avait suffisamment démontré dans le Deutéronome, en ordonnant au frère d'épouser la veuve de son frère quand celui-ci était mort sans enfants ; que cette loi était susceptible de dispense et qu'elle n'était pas de droit naturel ; qu'avant Moïse, cette loi n'était pas en force, puisque Jacob avait épousé les deux sœurs ; Lia et Rachel ; et que Juda après avoir donné à Tamar deux de ses fils, la fiança au troisième.

II. Que dans le nouveau testament, Jésus-Christ avait approuvé l'exception du Deutéronome, en réponse aux Saducéens qui l'interrogeaient sur cette loi ;

III. Que St Jean-Baptiste avait repris Hérode d'avoir épousé la femme de son frère ou parceque ce frère vivait encore, ou parceque s'il était mort, il avait laissé des enfants.

IV. Que les pères de l'Eglise avaient toujours considéré la loi du Deutéronome comme une exception à celle du Lévitique ;

IV. Que les antiques canons apostoliques statuaient, comme seule peine, que celui qui épousait successivement deux sœurs, ne pouvait pas être admis dans le clergé, et que, par le Concile

d'Elvire, une simple pénitence de trois ans est imposée à ceux qui se rendent coupables de cette infraction ; que les lois civiles et ecclésiastiques qui défendaient ces mariages les défendaient également dans tous les degrés de consanguinité ; que conséquemment, cette défense n'était pas de droit naturel ; que les Papes qui condamnaient ces mariages n'avaient pas renoncé au pouvoir de dispenser de cet empêchement en certains cas, quoique bien rares, et qu'il existait plusieurs exemples de mariages prohibés par le Lévitique qui avaient toujours été considérés comme des mariages très légitimes.

Ce fut en 1534, que le Pape Clément VII maintint la validité du mariage de Henri et de Catherine, et la légitimité de la dispense, en déclarant invalide celui contracté pendant la demande du divorce avec Anne Boleyn ; ce fut en conséquence dans la vingt-cinquième année du règne de ce monarque, couronné en 1509.

En confirmant la dispense accordée par Jules II, Clément VII avait décidé contre le roi, que l'empêchement du mariage du frère avec la veuve de son frère, n'était pas un empêchement de *droit divin* naturel, mais de droit ecclésiastique positif, Henri VIII ne fut pas long à chercher à venger sa défaite. Il fit passer cette année-là même (1534) par le Parlement, la loi (25 Henri VIII 22) déclarant défendus par la *loi de Dieu* (God's law) tous les mariages contractés dans les degrés de proximité prohibés par le chap. 18 du Lévitique. Voici les termes mêmes de ce statut qui comprend nommément le mariage du frère avec la veuve de son frère et du mari avec la sœur de sa femme :

" Since many inconveniences have arisen by reason of " marrying within the degrees of marriage prohibited by " *God's law* that is to say, the son to marry the mother or the " step mother, the brother the sister, the father the son's " daughter or his daughter's daughter, or the son to marry " the daughter of his father procreate and born by his step " mother, or the son to marry his aunt being his father's or " mother's sister, or to marry his uncle's wife, or the father " to marry his son's wife, *or the brother to marry his brother's*

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]


Stanford Law Library
3 6105 063 072 685



